J. pract.
227
f

J. pract.
227 f

Pfeiffer

Die
prozessualische Natur
der
Einrede der Vorausklage.

Ein Beitrag

zur

Theorie des gemeinrechtlichen Civil-Prozesses

von

Leopold Pfeiffer,

Doktor der Rechte.

Tübingen,

in der H. Laupp'schen Buchhandlung.

1846.

372. B.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Seinem hochgeschätzten Lehrer

Dr. Carl Adolph von Vangerow,

Großherzogl. Badischem Hofrath und ordentl. Professor des römischen Rechts zu Heidelberg,

als Zeichen

der

innigsten Dankbarkeit und tiefsten Verehrung

gewidmet

vom

Verfasser.

Einleitung.

Gegenstand der gegenwärtigen Abhandlung ist: die nähere und genauere Bestimmung des eigenthümlichen Wesens der Einwendung der Vorausklage. Bekannt ist, daß in der Prozeßtheorie unserer Zeit, welcher man, gleich wie überhaupt ein tieferes und sorgfältigeres Eingehen in viele Materien des Prozesses, so auch die gründlichere Erforschung der geschichtlichen Entwicklung und Wesenheit des Instituts der Exceptionen insbesondere verdankt, — eine sehr lebhafte Controverse über die eigentliche Natur verschiedener Einwendungen, vornehmlich der Einrede des nicht erfüllten Vertrags, geführt worden ist. Ob die in Frage gestellten, vom Beklagten zum Behufe seiner Vertheidigung vorgebrachten Entgegnungen auf die Klage ihrer wahren spezifischen Bedeutung nach, als negative Streiteinlassungen (Widersprüche des geschichtlichen Klagegrundes), oder aber als eigentliche Einreden aufzufassen seyen? dies bildete den Mittelpunkt der erwähnten Controverse. Zu den Einwendungen, welche zu dem beregten Zweifel Anlaß bieten, gehört unter anderen auch die s. g. Einrede der Vorausklage (exceptio excussionis s. ordinis). Die Lösung des angedeuteten Bedenkens rücksichtlich der inneren Beschaffenheit dieser Einrede ist der Gegenstand der folgenden Erörterungen. Um nun aber die hieraus resultirende besondere Aufgabe in genügender Weise erfüllen zu können, bedarf es zunächst einiger allgemeinrechtlicher Ausführungen

über die geschichtliche Entwicklung und den heutigen Begriff der Einrede, sowie über deren spezifischen Unterschied von dem Widerspruche des geschichtlichen Klagegrundes. Zu gleicher Zeit müssen einige der üblichen Eintheilungen der Einreden näher ins Auge gefaßt werden, um bemessen zu können, welcher speziellen Gattung derselben die hier in Frage stehende Einwendung angehöre? In dieser Weise wird der individuelle Gegenstand der gegenwärtigen Abhandlung mit dem ganzen Prozeßsysteme in Verbindung gesetzt, und der Zusammenhang ermittelt werden müssen, welcher zwischen diesem concreten Stoffe und den allgemeinen prozessualischen Prinzipien besteht.

Erster Abschnitt.

Allgemeine Erörterungen.

§. 1.

Ursprung und geschichtliche Entwicklung der Einreden.

Zu der Zeit, in welcher die legis actiones die Grundlage des römischen Prozesses bildeten, war diesem das Institut der Exceptionen gänzlich fremd. [1]) Der in sich abgeschlossene, streng nationale Charakter des damals in Rom herrschenden Privatrechts (jus civile) und die Unbeweglichkeit der in dem prozessualischen Verfahren jener Periode geltenden dürftigen Formen vergönnten dem freieren Prinzipe der Billigkeit (aequitas), welchem auch die exceptio ihren Ursprung verdankt, [2]) nicht den geringsten Raum. Erst als der Formularprozeß sich zu entwickeln begann, und der Prätor, dessen Thätigkeit überhaupt darauf gerichtet war, das jus gentium mit dem national-römischen Rechte zu vermitteln, und die Strenge des letztern durch Berücksichtigung der Billigkeit zu mildern, diesen seinen Einfluß auch bei der Verhandlung von Rechtsstreitigkeiten geltend zu machen suchte: erst dann gewann die Vertheidigung des Beklagten gleichfalls ein größeres, freieres Feld. Fand nämlich der Prätor im concreten

---

1) Gaj. IV., 108. Alia causa fuit olim legis actionum, nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso jure agi non poterat: nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum.

2) Gaj. IV, 116. — L. 1 §. 1, L. 12 D. de doli except. (44, 4).

Falle, daß zwar der klägerische Anspruch an sich im strengen Rechte begründet war, daß aber dem Beklagten ein Umstand zur Seite stand, in dessen Folge jener Anspruch als ein unbilliger sich darstellte, so machte er auf des Beklagten Bitte einen besonderen Zusatz in der formula, durch welchen er den judex ermächtigte, die condemnatio nicht auszusprechen. [3]) Sowohl die bei dieser Gelegenheit sich äußernde Thätigkeit des Prätors, als auch das bittliche Vorbringen des Beklagten, und später insbesondere das demselben gewährte Schutzmittel wurden „exceptio" genannt, weil dadurch eine Ausnahme von der regelmäßigen Wirksamkeit des Civilrechts begründet wurde [4]).

Diese auf das Prinzip der Billigkeit gestützte Vertheidigung des Beklagten war aber von der schon nach dem strengen bürgerlichen Rechte (ipso jure) zuläßigen defensio nicht blos in materieller, sondern auch in prozessualischer Rücksicht genau unterschieden. Denn während der judex die letztere ex officio berücksichtigen mußte, durfte er dagegen einer exceptio niemals Einfluß auf sein Urtheil verstatten, wofern ihm nicht der Prätor (von welchem der Beklagte dies besonders erbitten mußte) in der speziellen Instruction die

---

3) Gaj eodem. Zimmern, Geschichte des römischen Privatrechts bis auf Justinian, B. III §. 91 ff. — Albrecht, die Exceptionen des gemeinen deutschen Civilprozesses §. 1 u. 2, S. 1—8. — Knappe, Versuch einer Entwicklung des Begriffs der Exceptionen mit Rücksicht auf die Beweislast, §. 1—4, S. 1—12.

Die exceptio erhielt ihre Stellung gewöhnlich zwischen der intentio und condemnatio, und wurde mit den Worten: si non, si nihil, nisi etc. eingeleitet. In dieser Weise erschien sie regelmäßig als negative Bedingung der Verurtheilung, und nur ausnahmsweise zuweilen auch als positive Bedingung für die Absolution. — Gaj. IV, 119. „Omnes autem exceptiones in contrarium concipiuntur, quam adfirmat is, cum quo agitur — exceptio ita formulae inseritur, ut conditionalem faciat condemnationem." L. 22 D. de except. (44, 1). „Exceptio est conditio, quae modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem." — Albrecht a. a. O. S. 20—23. Heffter, System des römischen und deutschen Civilprozeßrechts §. 135, S. 155. Zimmern a. a. O. §. 93.

4) Gaj. IV, §. 116—125. — Albrecht a. a. O. S. 8, 12 u. 23.

Dieselbe Terminologie findet sich auch bei den Interdicten. Zunächst bedeutete nämlich „interdictum" das Einschreiten des Prätors, den von demselben ausgehenden Untersagungsbefehl, dagegen später vorzugsweise das betreffende Rechtsmittel. Zimmern, Rechtsgeschichte ꝛc. S. 219 u. 220 im III. B.

Ermächtigung hierzu ertheilt hatte,[5]) („praetor exceptionem dat"). Nur bei den negotia bonae fidei, bei welchen überhaupt, da sie auf Treu und Glauben, frei von den Fesseln bestimmter Formen, basirt waren, das Element der Billigkeit vorherrschte, galt der Grundsatz, daß bei deren Beurtheilung der Richter auch ohne besonderen Auftrag von Seiten des Prätors das exceptivische Vorbringen des Beklagten berücksichtigen durfte („bonae fidei judicio exceptiones insunt, s. judicium bonae fidei continet in se doli mali exceptionem").[6])

Als nun aber bei steigender Entwickelung des s. g. jus honorarium das Ertheilen der exceptio aufgehört hatte, auf einzelne vorkommende Prozeßfälle beschränkt, und Sache der prätorischen Willkühr zu seyn, sondern durch das edictum perpetuum zur gesetzlichen Nothwendigkeit geworden war, so daß, von wenigen Ausnahmen abgesehen, der Beklagte, welcher von einer exceptio Gebrauch machen wollte, sich nunmehr blos auf das Edikt als ein jus zu beziehen (also die exceptio nur zu agnosciren, nicht mehr zu petiren) brauchte; als ferner selbst die Civilgesetzgebung durch Senatus consulta, Leges etc. einzelne Exceptionen ins Leben rief; als endlich der Formularprozeß mit seiner Theilung des Verfahrens in jus und judicium unterging, und die in extraordinariis judiciis übliche Prozedur zur Regel erhoben wurde: da mußte der Unterschied zwischen der civilrechtlichen defensio und der prätorischen exceptio, wenigstens seiner prozessualischen Bedeutung nach, gänzlich verschwinden und folgeweise die letztere, unter Verrückung ihrer ursprünglichen Gränzen, ihren Umfang wesentlich erweitern. Dieses Resultat hatte sich, der richtigen Ansicht zufolge,[7]) jedenfalls zur Zeit Justinian's

---

5) Gaj. IV, §. 107 & 125. — L. 16 §. 1 D. de minor. (4, 4). — Knappe a. a. O. §. 10 u. 22.

6) L. 21 i. f. D. sol. matr. (24, 3). L. 7 §. 6 de pact. (2, 14). L. 84 §. 5 de leg. I (30, 1). L. 68 §. 1 de contr. emt. (18, 1). L. 3 §. 3 pro socio (17, 2).

7) Zwar sind manche Schriftsteller z. B. Zimmern a. a. O. S. 286. Knappe a. a. O. §. 26, der entgegengesetzten Ansicht, allein ohne Zweifel verdient die hier ausgesprochene, von Albrecht a. a. O. §. 16—19, S. 74—108 weitläufig entwickelte Ansicht, welcher auch Savigny in seinem Systeme des heutigen Römischen Rechts B. V, S. 166 nach der im Texte angedeuteten Beschränkung beipflichtet, — in Gemäßheit der geschichtlichen Entwicklung des Instituts der Exceptionen, — unbedingt den Vorzug. Vergl. auch Bayer,

herausgestellt, und es kann demgemäß als Endergebniß angenommen werden, daß im Justinianischen Prozeßrechte die exceptio auch die civilrechtlichen Vertheidigungsgründe, und daher, unter Veränderung ihrer ursprünglichen specifischen Bedeutung alle und jede Einreden umfaßte, welche einer Klage entgegengestellt werden konnten.

Das canonische Recht eignete sich diesen weiteren Begriff der exceptio, wie er in der Justinianischen Compilation sich vorfand, an, und verstand unter „exceptiones peremtoriae" jedes Vorbringen des Beklagten, welches nicht ein einfaches Zugeständniß oder Läugnen der vom Kläger aufgestellten Positionen enthielt. [8]) Diese letzteren, welche der canonische Prozeß mit dem mittelalterlich deutschen (dem s. g. artikulirten Verfahren) gemein hatte, waren nämlich eine Nachbildung der römischen interrogationes in jure, und bestanden in einzelnen, dem Beklagten zur bestimmten Aeußerung vorgelegten Sätzen, welche der Kläger aus den in seinem Libelle aufgeführten Thatsachen bildete. [9]) Was also der Beklagte selbstständig, ohne Bezug auf die ihm vorgelegten Fragen, vorbrachte, das war im canonischen Prozesse eine exceptio. Die Glossatoren suchten zwar den im römischen Rechte bestehenden Unterschied zwischen den Vertheidigungsgründen des Civilrechts und den auf aequitas beruhenden exceptiones durch ihre bekannte Eintheilung der Einreden in exceptiones juris seu actionis und exceptiones facti seu intentionis, wovon das erstere Glied der römischen exceptio im ursprünglichen Sinne entsprach, zu regeneriren; [10]) allein diese Unterscheidung war blos eine theoretische Schöpfung, welche ohne wesentlichen Einfluß auf die Praxis blieb. [11])

Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilprozeß (7. Auflage von 1842) S. 343. Heffter, System des Civilprozeßrechts §. 136, S. 156.

8) Cap. 2 in VIto. de L. C. (2, 3). C. 2 eodem de praescr. (2, 13). Knappe, l. c. S. 70—75.

9) Cap. un. X de L. C. (2, 5). C. 54 §. 3. X de elect. (1, 6). Gloss. ad tit. Dig. de interr. in jure, Tancredus de ordine judiciario libri IV, l. III, 3 §. 2. Dammhouder, Practica gerichtlicher Handlungen in bürgerl. Sachen c. 152.

10) Gl. ad L. 2 pr. D. de except. (44, 1). L. 43 de R. J. (50, 17). L. 44 de O. & A. (44,7). Gl. ad C. 40 Cod. de transact. (2, 4). Durandus, spec. aur. IV, 2 nr. 4.

11) Savigny in seiner römischen Rechtsgeschichte des Mittelalters B. V.

In dem deutschen artikulirten Prozesse galt bis zur Mitte des 17. Jahrhunderts, ähnlich wie im canonischen, jedes Vorbringen des Beklagten als Einrede („Ausflucht, Auszug, Schutzwehr ꝛc."), welches nicht in der damals üblichen generellen Litis-Contestation oder den, auf die vom Kläger vorgelegten Positionen Bezug nehmenden, Responsionen bestand.[12])

Als nun aber der jüngste Reichsabschied, dieses für die Umgestaltung des deutschen Prozesses so wichtige Gesetz, im §. 37 das frühere artikulirte Verfahren, außer dem Beweisstadium, abschaffte, statt der bisherigen generellen Litis-Contestation eine spezielle anordnete, und unter Einführung der Eventualmaxime, die gleichzeitige Anbringung aller dem Beklagten zu Gebote stehenden Vertheidigungsmittel bei Strafe der Präclusion forderte: da stellte sich auch das Bedürfniß einer genaueren und schärferen Begränzung des Begriffes der Einrede heraus, insoferne das frühere Criterium mit dem Wegfallen der Positionen und Responsionen zugleich aufgehört hatte, und durch das Interesse der Beweislast nothwendiger Weise geboten war, aus dem gesammten, äußerlich nicht unterschiedenen Vertheidigungsmaterial des Beklagten das auszuscheiden, was, dem Wesen und der Form nach, eine wirkliche Einrede bildete. — Die Schriftsteller des 17. und 18. Jahrhunderts vermochten nicht, für dieses praktische Bedürfniß in genügender Weise Befriedigung zu verschaffen, indem sie den Begriff der Einrede ohne Präcision dahin bestimmten, daß sie ein Rechtsmittel zur Vertheidigung gegen die Klage sey, ferner Einreden des Rechts und der Thathandlung, theils in demselben Sinne wie die Glossatoren, theils danach unterschieden, ob die Einrede unmittelbar aus dem Gesetze selbst, oder aber aus thatsächlichen Verhältnissen entspringe.[13])

S. 201 findet in diesen Eintheilungen der Glossatoren den Ursprung des Gegensatzes zwischen Theorie und Praxis. Albrecht a. a. O. S. 130 u. ff. Knappe, a. a. O. S. 79 u. 80.

12) R. A. v. 1500 §. 8, K. G. O. v. 1521 tit. 19 §. 8, v. 1555 tit. 26 u. 29. Ulrich Tengler, Laienspiegel von rechtmäßigen Ordnungen in bürgerl. und peinlichen Regimenten, Straßburg 1550. Bl. 72 u. 74.

13) Hermann, Einleitung zu den exceptionibus, Jena 1733, Vorb. Nr. 2. Hellfeld, jurisprudentia forensis §. 1879. Schaumburg, principia prax. jur. judic. c. V nr. 1. — Hofmann, teutsche Reichspraxis B. I §. 371. Estor, Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprozesses §. 191. Wehrn,

In die Praxis der Gerichte aber fanden weder jene vagen Begriffsbestimmungen, noch diese rechtlich irrelevanten, beziehungsweise unrichtigen Unterscheidungen Eingang; vielmehr wurde von derselben, dem früheren Prozesse analog, in negativer Weise als Einrede jedes Vorbringen des Beklagten aufgefaßt, welches nicht eine bloße Verneinung der vom Kläger angeführten Thatsachen involvirte. [14]) Erst der Doctrin des 19. Jahrhunderts blieb es, wie in so vielen anderen Rechtsmaterien, auch in dieser Sphäre vorbehalten, eine gediegenere und sicherere wissenschaftliche Grundlage durch genauere Feststellung des Begriffes der Einreden zu legen, und hierdurch einem fühlbaren Bedürfnisse der Theorie sowohl, als der Praxis des Prozesses Genüge zu leisten.

§. 2.

Begriff der Einrede nach dem heutigen gemeinen Prozeß-Rechte.

Ueber die genauere Feststellung des Begriffes der Einrede waltet unter den Schriftstellern der jetzigen Zeit eine so große Meinungsverschiedenheit ob, daß diese Materie füglich als eine der controversesten Parthieen in der ganzen neueren Prozeßtheorie bezeichnet werden kann. Es ist hier nicht der Ort, die vielgestaltigen individuellen Ansichten, welche sich rücksichtlich dieser Frage Geltung zu verschaffen gesucht, kritisch zu beleuchten, sondern es sollen hier vielmehr nur die hauptsächlichen Richtungen mit wenigen Worten gewürdigt werden, von welchen jene divergenten Meinungen ihren gemeinsamen Ausgang nehmen. — Zunächst wollen einige Rechtslehrer, z. B. Savigny, [1]) Roßhirt, [2]) Bethmann-

---

Grundriß der Lehre von den ger. Einwendungen §. 4, V. Bayer, Vorträge 2c. S. 356.

14) Wehrn a. a. O. §. 3 u. 4. Danz, ordentl. Prozeß §. 157 u. 158. Schmidt, Lehrbuch von Klagen und Einreden (6. Ausg.) §. 118 u. 124.

1) System des heutigen römischen Rechts, B. V, S. 168, 179—89.

2) In seiner Zeitschrift, B. II, Heft 3, S. 343 u. ff.

Hollweg [3]) u. A. gar keinen neuen Begriff von Einrede aufstellen, sondern vielmehr den im justinianisch-römischen Rechte geltenden fortwährend festhalten. Allein diese Schriftsteller übersehen, daß dem römischen Prozeßrechte zur Zeit Justinian's ein individuell ausgeprägter Begriff der exceptio nicht mehr eigen, und demselben insbesondere das, heut zu Tage so fühlbare, Bedürfniß fremd war, dieses Vertheidigungsmittel des Beklagten von der negativen Streiteinlassung genau zu unterscheiden, da in dem römischen Prozesse die Litiscontestation eine ganz andere Bedeutung hatte, als in dem Prozesse unserer Zeit. [4])

Unter denjenigen Prozessualisten nun, welche eine neue, präcisere Begriffsbestimmung der Einrede zu geben versuchen, läßt sich eine Verschiedenheit der Auffassung vornehmlich in folgender Richtung bemerken. Während nämlich ein Theil derselben den Begriff der Einrede mit der Beweispflichtigkeit des Beklagten in eine unmittelbare Verbindung setzt, und diese letztere als ein Criterium in die Definition der ersteren aufnimmt, — sucht dagegen der andere Theil, ohne eine solche unmittelbare Beziehung auf die Beweislast, jenen Begriff in selbstständiger Weise zu bilden, und auf das Verhältniß zu basiren, in welchem das Vorbringen des Beklagten zu dem Anspruche des Klägers steht. — Die Schriftsteller der ersteren Kategorie sind unter sich wieder getheilter Meinung, indem Einige, z. B. v. Gönner, [5]) Martin, [6]) Weber, [7]) Heerwart, [8])

---

3) Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses, S. 369, 70 u. 73.

4) Zur Zeit Justinian's hatte nämlich die L. C. keinen andern Zweck, als die ernstliche Streitabsicht der Partheien zu manifestiren, vergl. Albrecht a. a. O. §. 29, S. 134 u. 35. Keller über L. C. und Urtheil nach classischem röm. Rechte, S. 63 u. ff. Zimmern a. a. O. §. 146.

5) Handbuch des gemeinen Prozesses, B. II. Abth. 34 §. 3.

6) Lehrbuch des deutschen gemeinen bürgerlichen Prozesses (12te Auflage), §. 95, Note b.

7) über die Verbindlichkeit zur Beweisführung, S. 241.

8) im Archiv für die civilistische Praxis, B. XIV., S. 226. — Heerwart bestimmt hier den Begriff der Einrede geradezu dahin, daß sie eine Behauptung sei, welche der Beklagte anführen, und deren thatsächliche Grundlage er beweisen müsse.

Albrecht[9]) u. A. den Begriff der Einrede ganz congruent mit der Beweislast des Beklagten auffassen, so daß sich beide gleichsam decken, Andere dagegen, z. B. Sintenis,[10]) v. Grolmann,[11]) Reinhardt,[12]) Borst,[13]) Spengel[14]) u. A. m., die Sphäre jenes Begriffes enger, und wieder Andere endlich, z. B. Danz,[15]) Gensler,[16]) Sartorius[17]) rc. dieselbe weiter bestimmen, als die der Beweispflicht des Beklagten.

Alle die wissenschaftlichen Versuche dieser Art, so verschieden sie auch unter sich sein mögen, leiden aber an dem gemeinsamen Mangel, daß sie das, was nur eine zufällige Folge des Gebrauchs einer Einrede ist, (nämlich der dem Beklagten obliegende Beweis der thatsächlichen Grundlage seines exceptivischen Vorbringens) als einen wesentlichen Bestandtheil ihrer Substanz, und folgeweise als ein Criterium ihres Begriffes auffassen.

---

9) a. a. O. S. 206. „Zerstörliche Einreden sind vom Beklagten vorgewendete Thatumstände, welche die aus dem objectiv und an sich begründeten Klaganspruch für dessen rechtliche Existenz entspringenden Vermuthungen zerstören.“

10) in v. Zu-Rhein's Jahrbüchern, B. I., H. 2, S. 230.

11) Theorie des gerichtlichen Verfahrens, §. 80. — Sintenis und Grolmann schließen durch ihre Definitionen der Einrede diejenigen Umstände aus, welche ein schon entstandenes Klagerecht wieder aufheben.

12) Handbuch des ordentlichen Civilprozesses S. 195 u. 217. — Hier ist das Wesen der Einrede in das Verhältniß der Ausnahme zur Regel gesetzt.

13) über die Beweislast, Stuttgart 1835. §. 7.

14) Ueber L.C. und Einreden, S. 16. — Borst und Spengel nehmen in ihre Definition von Einrede nur solche Umstände auf, welche ein schon entstandenes Klagerecht wieder aufheben, und schließen daher alle jene Thatsachen aus, welche dessen Entstehung hindern. Auch Goldschmidt über L. C. u. Einreden, S. 15 u. 64, scheint dieser Ansicht beizupflichten.

15) Grundsätze des ordentlichen Prozesses, §. 155.

16) Commentar zu Martin's Civilprozeß, S. 158.

17) in Linde's Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, B. XIII., S. 416 u. ff. — Die letztgenannten Schriftsteller verstehen unter Einrede jedes Vorbringen des Beklagten, welches nicht einen bloßen Widerspruch der in dem Klageschreiben angeführten Thatsachen enthält, und unterscheiden zwischen bejahenden und verneinenden Einreden. Während aber Danz und Gensler bei der verneinenden Einrede den Beweis dem Kläger aufbürden, scheint Sartorius, welcher dieselben als Erzählungen von Nichtereignissen auffaßt, auch bei dieser Art von Einreden die Beweispflicht des Beklagten festzuhalten.

Freilich gilt auch in dem heutigen Prozesse der, schon dem römischen Rechte bekannte, Grundsatz: daß der Beklagte den Beweis seiner Exceptionen führen muß; allein nicht der Umstand, daß ein Vorbringen von dem Beklagten zu erweisen ist, kann über dessen exceptivische Natur entscheiden, sondern gerade umgekehrt muß erst die letztere an sich außer Zweifel gestellt sein, ehe die Frage über die Beweispflicht mit Sicherheit gelöst zu werden vermag. Von sämmtlichen Begriffsbestimmungen dieser Kategorie läßt sich daher (mit Bayer [18]) füglich behaupten, daß dadurch das Wesen der Einrede eben so wenig ausgedrückt wird, als das Wesen eines Verbrechens durch die Definition, es sei eine Handlung, welche mit öffentlicher Strafe bedroht sei.

Unbedenklich verdient daher der von den Schriftstellern der zweiten Classe, namentlich von Schmidt, [19]) Knappe, [20]) Bayer, [21]) v. der Pfordten [22]) u. A. m., eingeschlagene Weg den Vorzug, wonach der Begriff der Einrede, ohne directe Bezugnahme auf die Beweislast, aus dem Verhältnisse zu eruiren ist, in welchem die Vertheidigung des Beklagten zu der Intention der Klage steht. Zu diesem Zwecke muß aber auf die einzelnen Bestandtheile der Klage, und auf die dem Beklagten hiegegen zustehenden möglichen Vertheidigungsarten zurückgegangen werden.

Jede Klage enthält einen (bald förmlich ausgedrückten, bald nur als Enthymen gefaßten) logischen Schluß in sich, wovon der Rechtsgrund den Obersatz, das geschichtliche Fundament den Untersatz und der aus diesen Prämissen abgeleitete Anspruch die Schlußfolge oder Conclusion bildet. Die gegen einen so gestalteten Angriff gerichtete Vertheidigung kann daher möglicher Weise eine dreifache sein.

Der Beklagte kann nämlich:

1) den Rechtsgrund der Klage angreifen, indem er dessen Nichtexistenz oder Unzulänglichkeit behauptet. In diesem Falle ist

---

18) Vorträge über Civilprozeß rc. S. 353 u. 54.

19) Die gemischten Einreden, Leipzig 1839, S. 28—72.

20) a. a. O. S. 98—126.

21) a. a. O. S. 354 u. 55.

22) In den Blättern für die Rechtsanwendung, vornehmlich in Bayern, 1838. Nro. 2, I. u. Nro. 3, III.

eine s. g. rechtliche Gegendeduction vorhanden, deren Beurtheilung Gegenstand der richterlichen Reflexion ist. Setzt dagegen der Beklagte

2) den vom Kläger angeführten (oder doch wenigstens anzuführenden, s. hierüber §. 4 dieses Abschnitts), die geschichtliche Basis seiner Klage bildenden, Thatsachen Widerspruch entgegen, so liegt eine negative Einlassung, litis contestatio negativa, vor, und der Kläger hat den Beweis jener Thatsachen zu führen. — Richtet endlich der Beklagte seine Vertheidigung

3) gegen die Conclusion der Klage, indem er derselben Thatsachen entgegensetzt, aus welchen deren rechtliche Unbegründetheit hervorgeht, so ist eine Einrede im technischen Sinne des Wortes vorhanden, welche, je nachdem dadurch die Wirksamkeit der Klage für immer vereitelt, oder aber nur in Bezug auf den gegenwärtigen Rechtsstreit gehemmt werden soll, peremtorischer oder dilatorischer Natur ist (s. hierüber den folgenden §. 3). Jede Einrede enthält daher ebenfalls einen Syllogismus (bestehend aus Rechtsgrund, geschichtlichem Fundamente und Conclusion) und zwar in der Richtung, daß daraus auf die juristische Nichtexistenz des klägerischen Anspruchs geschlossen werden soll. Dieser Schluß kann aber sowohl durch Thatsachen, welche die ursprüngliche Entstehung des Klagerechts (im subjectiven Sinne) verhinderten, als auch durch solche, welche dasselbe später wieder aufgehoben haben, begründet werden. Demzufolge ist der Begriff der Einrede dahin zu bestimmen, daß sie das Vorbringen einer rechtshindernden oder rechtsvernichtenden Thatsache ist. Es liegt somit jeder Einrede der, wenn auch nicht immer mit Worten ausgesprochene, Gedanke zu Grunde, daß das Recht des Klägers, falls es auch an sich, d. h. seinem Begriffe und seinen wesentlichen Merkmalen nach begründet sein sollte, dennoch in Folge anderweitiger Thatumstände nicht zur rechtlichen Geltung gelangen könne. Zur Wesenheit der Einrede gehört nun nach allem Diesem insbesondere deren Selbstständigkeit, d. i. ihr Beruhen auf besonderen, der Klage entgegentretenden, factischen Umständen, welche letztere freilich bei einzelnen Exceptionen einiger-

maßen verdeckt sein,[23]) aber nie gänzlich fehlen können, sobald von einer wirklichen Einrede gesprochen werden soll.

Eine Folge aus dieser Selbstständigkeit der thatsächlichen Grundlage der Einrede ist nun unter anderen auch die den Beklagten treffende Pflicht, dieselbe im Falle des Widerspruches zu erweisen, und eben deßhalb muß auch für die Einrede des heutigen Prozesses die, schon rücksichtlich der römischen exceptio durchgeführte, Vergleichung mit der Klage Platz greifen, und das Princip festgehalten werden, daß der Beklagte in Bezug auf die Einrede im Allgemeinen dieselben Rechte und Pflichten habe, wie der Kläger hinsichtlich der Klage.[24]) („Reus in exceptione actor est.")

§. 3.

Eintheilung der Einreden in peremtorische, dilatorische und gemischte.

Schon dem römischen Formularprozesse war die Unterscheidung der exceptiones in peremtoriae et dilatoriae bekannt, aber in einem ganz anderen Sinne, als in dem, welcher in dem heutigen Prozeßverfahren damit verbunden wird.[1]) Damals kam nämlich der exceptio dilatoria nicht unmittelbar eine aufschiebende Wirkung zu, sondern es wurde vielmehr durch dieselbe, wenn einmal

---

23) z. B. bei der exceptio SCti Macedoniani besteht die factische Grundlage in dem Hauskindsein des Beklagten, bei der exceptio divisionis in dem Dasein mehrerer Bürgen, bei der exceptio excussionis (einstweilen deren exceptivische Natur vorausgesetzt) in dem Dasein eines Hauptschuldners rc. — Heerwart im Archiv f. c. P. B. XIV. S. 214.

24) L. 1 D. de except. (44, 1). — L. 19 D. de probat. (22, 3). „In exceptionibus dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere, ipsumque exceptionem velut intentionem implere." — Heerwart a. a. O. S. 222. Brackenhoeft, Erörterungen über die Materien des allgemeinen Theils von Linde's Lehrbuch, S. 438. u. ff.

1) Gaj. IV. §. 120—124. — §. 8—10 Inst. de except. (4, 13). L. 3 D. de except. (44, 1). Zimmern a. a. O. §. 95. Savigny a. a. O. B. V, §. 127, S. 176 unterscheidet zweierlei Arten von dilatorischen Einreden in dem älteren römischen Prozesse, und will nur denjenigen, welche sich auf den Inhalt der intentio bezogen, eine zerstörliche Wirkung beilegen.

die Sache in judicium deducirt und lis contestirt war, die Klage eben so völlig und für immer zerstört, wie durch die exceptio peremtoria. Dieser zerstörlichen Wirkung konnte aber der Kläger dadurch vorbeugen, daß er seine actio bereits in jure zurückzog, somit es gar nicht zum judicium kommen ließ, und erst nach Ablauf einer gewissen Zeit, innerhalb deren die entgegenstehende dilatorische Einrede erlosch, seine Klage wieder anbrachte. Der Unterschied zwischen beiden Arten von Einreden bezog sich also damals auf deren Dauer, nicht auf deren Effekt, und die Wesenheit der exceptio dilatoria s. temporalis bestand somit darin, daß sie auf eine bestimmte Zeit beschränkt war. Nur eine zufällige Folge dieses ihres zeitlichen Charakters, keineswegs aber eine stets eintretende Nothwendigkeit war es daher, daß sie eine aufschiebende Wirkung in Bezug auf die Klage, und folgeweise auf die Verurtheilung äußerte. Bereits im justinianischen Prozeßrechte hatte sich jedoch diese Auffassung vollständig geändert;[2] denn in demselben wird unter exceptio dilatoria (im Gegensatz zur peremtoria), wie heut zu Tage, jede Einwendung verstanden, welche keine definitive Lossprechung des Beklagten, sondern nur eine einstweilige Abweisung der Klage bezweckt, beziehungsweise zur Folge hat („temporis dilationem tribuunt"),[3] nicht also dem Rechte des Klägers an sich, sondern nur der gegenwärtigen Verfolgung desselben in den Weg tritt.[4] Unter diesen Begriff haben nun Theorie und Praxis des deutschen Prozesses bis in die neueste Zeit die verschiedenartigsten Einwendungen, und insbesondere alle diejenigen subsumirt, welche blos die Art und Weise der Prozeßführung betreffen, ohne das Klagerecht als solches

---

2) Savigny a. a. O. Bayer, Vorträge rc., S. 320 u. 21. Albrecht a. a. O., S. 23 u. 24, Note 15.

3) §. 10. Inst. de except. (4, 13). — Die Kaiser Zeno und Justinian führten anstatt der zerstörlichen Wirkung der dilatorischen Einreden Strafen für die Plus-Petition ein.

4) L. 2, §. 4. D. de except. (44, 1) „actionem differt." — Im älteren römischen Verfahren kam diese aufschiebende Wirkung den praescriptiones pro reo zu. Zimmern a. a. O. §. 96. Heffter System rc. S. 145.

im Geringsten zu berühren.[5]) Als vornehmlichster Grundsatz in Bezug auf die Einreden dieser Art, deren Stoff ein höchst mannigfaltiger war, galt die, theils dem römischen und canonischen Rechte,[6]) theils den deutschen Reichsgesetzen[7]) entnommene Vorschrift: daß sie sämmtlich vor der Streiteinlassung vorgeschützt werden müßten. Erst in der Doctrin des gegenwärtigen Jahrhunderts hat man, besonders auf die Anregung von Gesterding[8]) hin, angefangen, die hier obwaltende Vermengung der heterogensten Elemente dadurch zu beseitigen, daß man die Einwendungen, welche blos die Ordnung und Gesetzmäßigkeit des gerichtlichen Verfahrens betreffen, von denjenigen, welche das Recht des Klägers selbst, die s. g. merita causae, berühren, genau gesondert, erstere als Prozeßeinwendungen aus dem Gebiete der Einreden gänzlich ausgeschieden, und auf dieselben, so weit sie auf die Klage sich beziehen, die früherhin bei den dilatorischen Einreden überhaupt geltenden prozessualischen Grundsätze für anwendbar erklärt hat. Man unterscheidet demgemäß in der neueren Theorie[9]):

1) solche Einreden, welche aus den Prozeßgesetzen entspringen, s. g. Prozeßeinwendungen,

2) solche, welche durch die Normen des Civilrechts begründet werden (exceptiones merita causae concernentes), Einreden im engeren, technischen Sinne.

Letztere theilt man nun wieder in dilatorische und peremtorische

---

5) Zanger, de except. lib. II. C. 11, Nro. 1 u. 2. — Schaumburg, princ. prax. jur., lib. I., sect. 1, membr. 2, §. 2. Schmidt, Lehrbuch von den gerichtlichen Klagen und Einreden, §. 118 u. ff. Wehrn, von den gerichtlichen Einwendungen, §. 5. Hellfeld, jurisprud. for., §. 1880. Danz, Grundsätze des ordentlichen Prozesses, §. 155 u. ff.

6) L. 40. §. 3 D., de procur. et defens. (3, 3), C. 13, Cod. de except. (8, 36), C. 4 X, de except. (2, 25), C. 20 X, de sent. et re jud. (2, 27).

7) K.G.O. v. 1507, §. 4, v. 1555, III, Tit. 24, §. 1 u. 2. J.R.A., §. 37 u. 38. Brackenhoeft, Erörterungen ꝛc., §. 144, S. 382 u. ff.

8) Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien, Th. II, S. 163—175.

9) Albrecht, a. a. O., S. 208 u. ff. Knappe, l. c., S. 121—125. Brackenhoeft, Erörterungen ꝛc., S. 446. Gesterding, l. c., S. 175. Savigny, a. a. O., B. V, S. 171.

ein, je nachdem dadurch nur eine einstweilige, temporäre, oder aber eine definitive Befreiung von dem gegenüberstehenden Anspruche des Klägers herbeigeführt zu werden vermag. Zu den dilatorischen Einreden in diesem Sinne, welche man füglich mit Knappe[10]) „zeitliche" nennen, und als solche den „dauernden" gegenüberstellen könnte, werden nun gewöhnlich die Einrede der bewilligten Zahlungsfrist, der später beigefügten Bedingung, die exceptio excussionis, retentionis, moratorii etc. gezählt.

Wünschenswerth wäre es, daß auch die Praxis, welche bis jetzt immer noch den alten, unbestimmten Begriff von dilatorischen Einreden mit seiner Vermischung der verschiedenartigsten Elemente festgehalten zu haben scheint,[11]) dieses Resultat neuerer gründlicher Forschungen der Prozeßtheorie sich aneignen möchte, und dadurch einen festeren Boden für die noch in mancherlei Rücksicht so ungewisse und schwankende Anwendung des Instituts der Exceptionen gewänne!

Von manchen Prozeßlehrern (vornehmlich von vielen Schriftstellern des vorigen Jahrhunderts[12]) wird eine eigne, zwischen zerstörlichen und verzögerlichen Einreden in der Mitte stehende Classe von Exceptionen unter der Bezeichnung „gemischte Einreden" aufgestellt. Es werden darunter solche Einwendungen begriffen, welche ihren Grund in einer noch nicht erfüllten Bedingung oder einer noch nicht eingetretenen Zeitbestimmung haben, und zunächst zwar nur Aufschub der Klage bezwecken, beziehungsweise bewirken, gleichwohl aber in der Folge einen zerstörlichen Effekt erlangen, und die gänzliche Befreiung des Beklagten herbeiführen können.[13]) In der Regel werden dazu die exceptio excussionis s. ordinis, divisionis, cedendarum actionum,

---

10) a. a. O., S. 124.

11) Schmidt, von den gemischten Einreden, S. 74. Knappe l. c.

12) Wehrn, Lehre von den Einwendungen, §. 9, S. 15 u. ff. Hellfeld, jurisprud. for., §. 1881. Danz, Grundsätze 2c., §. 181. Biener, syst. proc., §. 67. Gensler, Commentar zu Martin's Lehrbuch, I, S. 161 u. ff.

13) Gesterding, Ausbeute 2c., l. c., S. 168 u. 169. Schmidt, von den gemischten Einreden, §. 5, S. 76 u. ff.

pacti de non petendo temporalis etc. gerechnet. [14]) Die Annahme einer solchen Mischclasse von Einreden ist aber, wie man in neuerer Zeit, insbesondere in Folge der umfassenden, diesem Gegenstande gewidmeten Ausführungen G. E. Schmidt's [15]) fast allgemein eingesehen hat, eine völlig müßige, auf unjuristischer Grundlage ruhende. Denn die zerstörliche Wirkung, welche diese Gattung von Einreden möglicher Weise äußert, ist eine rein zufällige, vermittelst eines anderweitigen, außerhalb der rechtlichen Sphäre jener Exceptionen liegenden Ereignisses, z. B. bei der exceptio excussinis mittelst der erfolgten Zahlung von Seiten des Hauptschuldners, bei der exceptio divisionis mittelst der Befriedigung des Gläubigers durch den Mitbürgen ꝛc. herbeigeführte, und kann in diesem Maße bei allen dilatorischen Einreden eintreten. Der wesentliche Charakter jener s. g. gemischten Einreden besteht vielmehr in der, durch sie erzielten, einstweiligen Befreiung des Beklagten, und sie sind daher, der richtigen Ansicht zufolge, sämmtlich den dilatorischen Einreden in dem oben entwickelten Sinne (so weit diese nämlich die merita causae berühren) beizuzählen. [16])

§. 4.

Unterschied zwischen negativer Streiteinlassung und Einrede.

Bis zu dem J.R.A. war in dem deutschen Prozesse der Stoff der Vertheidigung des Beklagten in Folge des artikulirten Verfahrens äußerlich so geschieden, und es waren die verschiedenen

---

14) Hellfeld, l. c. Schmidt, a. a. O.

15) Schmidt, civilistische Abhandlung über die gemischten Einreden, a. a. O.

16) Einige Schriftsteller halten die gemischten Einreden für peremtorische, z. B. Zanger, tract. de except., III, c. 11. Vinnius, comment., ad §. 10. Inst. de except. Albrecht, a. a. O., S. 187 u. ff. Der richtigen Ansicht über die dilatorische Natur dieser Einreden huldigen: Gesterding, a a O., S. 171, Schmidt, von Klagen und Einreden, §. 123, Bayer, Vorträge ꝛc., S. 322, G. E. Schmidt, von den gemischten Einreden, S. 78 u. ff., Heffter, System ꝛc., S. 158.

Vertheidigungsmittel so streng aus einander gehalten, daß ein Zweifel darüber, ob eine Einwendung als Widerspruch des geschichtlichen Klagegrundes (negative Einlassung), oder als Einrede aufzufassen sei? gar nicht entstehen konnte. Damals war nämlich die Litiscontestation eine ganz allgemeine, und enthielt einen generellen Widerspruch des intendirten Klagerechts überhaupt;[1]) über das geschichtliche Klagefundament verbreiteten sich die s.g. Responsionen, welche sich genau an die vom Kläger aufgestellten Positionen anlehnten;[2]) als Einrede aber galt Alles, was der Beklagte neben jenen Responsionen selbstständig vorbrachte.[3]) Erst als in Folge der Anordnungen des J.R.A. das artikulirte Verfahren, und zugleich die äußere Geschiedenheit der einzelnen Vertheidigungsarten verschwand, konnte die Frage über die wahre innere Natur eines Vorbringens des Beklagten Raum und Bedeutung gewinnen, sowie zugleich sich das Bedürfniß sich herausstellen mußte, die negative Einlassung durch ein inneres Criterium von der Einrede zu unterscheiden. — Doctrin und Praxis des 17ten und 18ten Jahrhunderts, welchen, wie bereits oben (vergl. §. 1 am Ende) bemerkt worden, ein präciser Begriff von Einrede nicht eigen war, vermochten nicht, den Unterschied zwischen den verschiedenen Vertheidigungsmitteln des Beklagten in genügender Weise festzustellen. Diese Unterscheidung ist vielmehr, gleichwie die genauere Begriffsbestimmung der Einrede, ein Produkt der neuesten Theorie. Je nach der verschiedenen Auffassung des Begriffes der

1) Albrecht, a. a. O., S. 140 u. ff. Goldschmidt über L. C. und Einreden, Abschn. III, §. 2, S. 47 u. ff., stellt zwar die Behauptung auf, daß schon nach den deutschen Reichsgesetzen von 1654 die Litiscontestation „die gerichtliche Antwort des Beklagten auf die der Klage zum Grunde liegenden Thatsachen" gewesen sei; allein er verkennt hiebei den Sinn der damaligen gesetzlichen Bestimmungen, und verwickelt sich in dieser Beziehung mit sich selbst in Widerspruch, vergl. daselbst. S. 48. Durandus, spec. aur. tit. de L. C. n. 24. Dammhouder, Practica gerichtlicher Handlungen, c. 120 u. c. 140. Knappe, a. a. O., S. 81 u. ff.

2) Albrecht und Knappe, l. c. Ulrich Tengler's Laienspiegel, tit. von Positionen.

3) Albrecht, a. a. O., S. 155 u. ff. Brackenhoeft, Erörterungen ꝛc. ꝛc., S. 388 u. 389. Schmidt, von den gemischten Einreden, S. 23 u. 29.

Einrede gestaltet sich nun auch die nähere Bestimmung des geschichtlichen Klagegrundes in divergenter Weise, und es stellt sich danach der Umfang des letzteren bald enger, bald weiter heraus.[4])

In Gemäßheit der oben aufgenommenen Definition der Einrede (vergl. §. 2), wonach dieselbe als die Behauptung einer rechtshindernden oder rechtsvernichtenden Thatsache erscheint, müssen unter dem geschichtlichen Klagegrunde alle rechtserzeugenden Momente zusammengefaßt, und unter negativer Einlassung das Abredigsein derartiger Momente verstanden werden. Der geschichtliche Klagegrund stellt sich demgemäß als Inbegriff derjenigen Thatsachen dar, welche die nothwendige Bedingung oder Voraussetzung zur Entstehung des concreten Klagerechtes bilden.[5]) Gänzlich irrelevant ist es, ob diese natürlichen Thatsachen sämmtlich vom Kläger angeführt, oder aber erst vom Beklagten vorgebracht worden sind. Denn nicht der zufällige Inhalt eines mangelhaften Partheivortrags, sondern vielmehr nur die Wesenheit der jeweiligen Thatsachen an sich kann darüber entscheiden, ob dieselben zum geschichtlichen Klagefundamente, oder zur Substanz einer Einrede gehören.[6])

Während also der Beklagte vermittelst der Einrede dem an sich, d. h. seinen wesentlichen Merkmalen nach, begründeten Rechte des Klägers neue, selbstständige Thatsachen entgegensetzt, welche dessen Wirksamkeit behindern, zieht er dagegen kraft der negativen Einlassung, ohne neue Thatumstände für sich geltend zu machen, gerade jene wesentlichen factischen Voraussetzungen des klägerischen Rechts in Abrede. Die

---

4) z. B. Heffter, System &c., S. 157 versteht unter Einrede Alles, was der Beklagte der Klage außer der Abläugnung ihres wesentlichen und zugleich formalen Inhalts entgegenzusetzen hat, beschränkt somit die negative Einlassung auf das Abredigsein des im Klagelibelle Enthaltenen. Vergl. auch Vorst, über die Beweislast, §. 7, Spengel, über L. C. und Einreden, S. 16 u. ff.

5) Knappe, a. a. O., S. 101 u. ff. Schmidt, a. a. O., S. 54. Brackenhoeft, im Archiv für die civil. Praxis, B. XI. Abh. 6, S. 175 u. ff., besonders S. 260. Bayer, Vorträge &c. S. 299 u. 333.

6) Bayer, l. c. Knappe und Schmidt, a. a. O. Bethmann-Hollweg, Versuche &c., S. 370 u. ff. Gönner, Handbuch des deutschen Prozesses, B. II, Abth. 34 u. 43, §. 17.

Frage aber, ob im concreten Falle eine Thatsache eine nothwendige Bedingung für die Entstehung des eingeklagten Rechts bilde, oder aber ein Hinderniß für das an sich schon begründete Recht in sich schließe, ist rein positiver Natur,[7]) und läßt sich nicht vermöge eines allgemeinen Princips ein für alle Male lösen. Vielmehr müssen zum Behufe der Entscheidung eines derartigen Zweifels die gesetzlichen Bestimmungen stets sorgfältig zu Rathe gezogen werden, um danach bemessen zu können, ob der fragliche Thatumstand nach ihrem Geiste in der einen oder andern Weise aufzufassen sei?

In der Doctrin der neueren Zeit ist in dieser Hinsicht besonders über die Einreden des nicht erfüllten Vertrags, des Anastasianischen Gesetzes und der beigefügten Bedingung[8]) eine sehr lebhafte Controverse geführt worden. Aber auch manche andere Einwendungen,[9]) z. B. die exceptio non numeratae pecuniae, rei non sic sed aliter gestae, die Einrede der alternativen Obligation, der verschiedenen Ortsbestimmung ꝛc. geben zu dem beregten Zweifel über ihre wahre, eigentliche Natur Veranlassung, und unter ihnen nimmt die Einrede der Vorausklage eine vornehmliche Stelle ein. Welches die innere, wahre Beschaffenheit dieser letztgenannten Einwendung sei? darüber sollen die folgenden Erörterungen Aufklärung verschaffen, aus welchen zu gleicher Zeit erhellen wird, daß mit dieser Streitfrage über die Wesenheit der gedachten Einrede ein großes praktisches Interesse verbunden ist.

---

7) Heerwart, im Archiv für civil. Praxis, B. XIV, S. 218.

8) Heerwart, im Archiv, B. 7, Abh. 18, B. 14, Abh. 9, B. 18, Abh. 15. Lange, über die Einrede des nicht erfüllten Contrakts, Regensburg 1829. Mühlenbruch, Cession der Forderungen, S. 577. Burchardi, im Archiv, B. 18, Abh. 8. Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 357 u. ff. Hasse, im Rhein. Museum für Jurisprudenz, Jahrgang III, H. 1, S. 137 u. ff. Gesterding, Ausbeute ꝛc., Th. II, S. 139 u. ff.

9) Knappe, a. a. O., S. 105 u. ff. Albrecht, l. c., S. 172 u. 194.

Zweiter Abschnitt.

Von der Einrede der Vorausklage insbesondere.

§. 1.

Litteratur.

Aus der bisherigen Darstellung wird zur Genüge erhellen, daß in Bezug auf die hier zu erörternde Streitfrage über die Natur der Einrede der Vorausklage nur die Litteratur der neuesten Zeit in Betracht kommen kann.[1]) Blos einige kurze Andeutungen über die frühere Behandlung der fraglichen Einrede mögen der Angabe der heutigen Litteratur voraufgehen!

In den justinianisch-römischen Rechtsquellen wird für die dem Bürgen gesetzlich zustehende Befugniß, die Vorausklagung des Hauptschuldners verlangen zu können (das technisch so genannte beneficium excussionis), nirgends die Bezeichnung „exceptio“ gebraucht.[2]) Dagegen führen die deutschen Prozeßschriften des Mittelalters die exceptio excussionis durchgängig als eine Einrede auf, und schon der Laienspiegel von Ulrich Tengler [3]) erwähnt ihrer als

1) Eine dem Gegenstande dieser Abhandlung eigends gewidmete Schrift gibt es in der neueren Literatur nicht.

2) Nov. 4. — Const. 19, Cod. de fidejuss. et mandat. (8, 41). L. 16, §. 6 D., de fidejuss. et mandat. (46, 1). Zimmern, römische Rechtsgeschichte, B. III, §. 95, S. 296.

3) Bl. 74, unter dem Titel: „Von andern gemeinen Exceptionen.“ Gobler,

einer „gemeinen Exception.“ Die Prozessualisten des 17ten und 18ten Jahrhunderts fassen sie, wie schon früher bemerkt worden, (vergl. oben §. 3 des I. Abschnitts Note 12) in der Regel als eine exceptio mixta auf. Unter den Schriftstellern des gegenwärtigen Jahrhunderts erklärt der bei weitem größte Theil die exceptio excussionis für eine dilatorische Einrede. Diese Auffassung findet sich namentlich fast in allen Lehrbüchern des Prozeßrechts, zu vergleichen, z. B.

Linde, Lehrbuch des gemeinen Civilprozesses (5. Auflage), §. 159, Note 2 und §. 202, Note 4.

Heffter, System des römischen und deutschen Civilprozeßrechts §. 138, Note 224.

Gensler, Commentar zu Martin's Lehrbuch I, S. 161.

Schmidt, Lehrbuch von Klagen und Einreden (8. Ausg.) §. 123.

Bayer, Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilprozeß, (7. Auflage) S. 322.

Reinhardt, Handbuch des gemeinen deutschen ordentlichen Prozesses, B. I, S. 196 u. 197, welcher die exceptio excussionis als eine Unterart der Einrede der noch nicht zustehenden Klage (als eine objektiv verzögerliche Einrede) auffaßt.

Auch Zimmern, Geschichte des römischen Privatrechts §. 95, Note 12 im III. Band.

Knorr, Anleitung zum gerichtlichen Prozeß, Hptst. 7, §. 6, S. 112.

Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien, Th. II, S. 170 u. ff.

Brackenhoeft, Erörterungen über die Materien des allgemeinen Theils von Linde's Lehrbuch, S. 381 u. ff.,

u. a. m. huldigen dieser Ansicht.

Diejenigen Rechtslehrer, welche eine eigene Classe von s. g. verneinenden Einreden aufstellen, wie

Gönner, Handbuch des Prozesses, Bd. II, Nr. XXXIV. S. 205—211.

---

gerichtlicher Prozeß, Bl. VI. Zanger, Tractatus de exception. P. III, c. 11. Sichardus, ad const. 10, Cod. de fidejuss. Oldendorp, enchirid. except. forens., Fol. 14, Nro. 2.

Weber, über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozesse, IV, Nr. 11, S. 196 ff.

Danz, Grundsätze des Civilprozesses (4. Ausg.) §. 155 ff., müssen consequenter Weise auch die Einrede der Vorausklage dieser Gattung von Exceptionen beizählen, da dieselbe ihrem wahren Inhalte nach, auf der Behauptung beruht, daß Kläger seiner Verbindlichkeit, zunächst einen Andern gerichtlich zu belangen, nicht nachgekommen sei.

Eine ganz eigenthümliche Ansicht stellt Albrecht, die Exceptionen des gemeinen deutschen Civilprozesses §. 38, S. 87 auf, welcher die exceptio excussionis (wie mehrere Schriftsteller früherer Zeit, namentlich Zanger[4]) und Vinnius[5]) für eine peremtorische Einrede erklärt.

Hauptverfechter der Behauptung endlich, daß die mehr besprochene Einrede, ihrem eigentlichen Wesen nach, eine negative Streiteinlassung sei, ist G. E Schmidt, welcher diese Meinung in seiner Abhandlung über die gemischten Einreden §. 6, S. 90—102, mittelst einer umfassenderen, auf die geschichtliche Entwicklung der exceptio excussionis eingehenden, Ausführung näher zu begründen sucht. Gleicher Ansicht ist Knappe, Versuch einer Entwicklung des Begriffes der Exceptionen, §. 48, S. 123, und auch Sartorius, in Linde's Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. XIII, Abh. 15, S. 416 ff., scheint in Gemäßheit der von ihm aufgestellten eigenthümlichen Definition von verneinenden Einreden,[6]) dieser letzterwähnten Auffassung der Excussionseinrede beizupflichten.

Alle diese bisher aufgeführten verschiedenartigen Betrachtungsweisen werden in der nachfolgenden Erörterung über die spezifische

---

4) Tractatus de except., P. III, c. 11.

5) Commentar. ad §. 10, Inst. de except. Nro. 10.

6) Sartorius will nämlich als verneinende Einreden nur solche gelten lassen, welche nicht blos negative, sondern auch positive Elemente in sich enthalten, welche also die Behauptung eines Ereignisses und Nichtereignisses zugleich involviren. Dies ist aber bei der Excussionseinrede, worin durchaus keine positive Behauptung eines Ereignisses liegt, keineswegs der Fall.

Natur der mehr genannten Einrede der Vorausklage ihre kritische Würdigung finden!

§. 2.

Praktisches Interesse der Streitfrage über die Natur der exceptio excussionis.

Die hier zur Sprache gebrachte Controverse ist nicht blos von theoretischer, sondern auch von vornehmlicher praktischer Bedeutung. Abgesehen von dem in materiell-rechtlicher Beziehung, insbesondere rücksichtlich des Beginns der Klagenverjährung, bestehenden Unterschiede zwischen den hier herrschenden divergenten Auffassungen, [1] kommen in prozessualischer Rücksicht hauptsächlich die folgenden Differenzen in Betracht. Der wichtigste praktische Unterschied zwar, welcher sonst zwischen negativer Einlassung und Einrede Platz greift, — die Verschiedenheit hinsichtlich der Beweispflichtigkeit der Partheien nämlich, — kann im vorliegenden Falle, der richtigen Auffassung des Sachverhältnisses zufolge, durchaus keine Geltung erlangen. Denn mag man der einen oder anderen der beiden sich gegenüberstehenden Ansichten über die Wesenheit der Excussionseinrede huldigen, stets wird man annehmen müssen, daß der Kläger, falls er die erfolglose Vorausklagung des Hauptschuldners, beziehungsweise dessen Insolvenz behaupten sollte, rechtlich verpflichtet sey, den Beweis dieser seiner Behauptung zu erbringen. Nur in Bezug auf die Colorirung und juristische Begründung dieses Resultates werden die Verfechter der entgegenstehenden Meinungen von einander abweichen. Während nämlich Diejenigen, welche in der vielbesprochenen Einwendung

1) Betrachtet man die Vorausklagung des Hauptschuldners als einen Theil des geschichtlichen Klagegrundes, so kann man consequenter Weise die Verjährung der Bürgschaftsklage erst dann ihren Anfang nehmen lassen, wenn jene Vorausklagung erfolgt ist, da früher die actio nicht als nata (d. h. vollständig begründet) erscheint, zu vergl. v. Vangerow, Leitfaden für Pandektenvorlesungen, B. I, S. 170 u. ff., B. III, S. 288. Thibaut, System des Pandektenrechts (8. Ausgabe), §. 1020. v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, B. V, §. 239, S. 281 u. ff.

eine negative Litis-Contestation sehen, dem Kläger den Beweis jener Thatumstände aus dem Grunde aufbürden müssen, weil dieselben einen Theil des geschichtlichen Klagegrundes bilden, werden dagegen die Vertreter der entgegengesetzten Ansicht jenes faktische Vorbringen des Klägers als Gegenstand der Replik auffassen, und folgeweise bestimmen, daß dasselbe in dieser Eigenschaft von dem Letzteren zu erweisen sey. [2])

In anderweitiger prozessualischer Rücksicht aber äußert sich eine bedeutende Differenz zwischen den Ergebnissen der hier obwaltenden conträren Auffassungen. — Erblickt man nämlich in der Einrede der Vorausklage einen Widerspruch des geschichtlichen Klagegrundes, so muß man die nachstehenden Grundsätze, als nothwendige Consequenzen aus der prozessualischen Natur dieser Vertheidigungsart, anerkennen: [3])

1) Eine Klage, welche nicht die Angabe der erfolglosen Vorausklagung, oder der Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners 2c. enthält, ist sofort von Richter-Amtswegen „angebrachter Maßen" abzuweisen.

2) Ist der Beklagte ungehorsam, so muß, in Folge der gemeinrechtlich eintretenden Fiktion der negativen Streiteinlassung, dem Kläger gleichwohl der Beweis auferlegt werden, daß er den Hauptschuldner bereits ohne Erfolg ausgeklagt habe, 2c.

3) Will der Kläger die Einleitung des (summarischen) Exekutivprozesses bewirken, so muß er bei Anbringung seiner Klage alsbald den mehr erwähnten Thatumstand der erfolglosen Vorausklagung des Hauptschuldners 2c. durch s. g. documenta guarentigiata beweisen. [4])

---

2) v. Vangerow, Leitfaden 2c., B. III, S. 288. Heerwart, im Archiv für civil. Praxis, B. VII, S. 350. Bethmann-Hollweg, Versuche 2c. S. 344. Diese Schriftsteller vertheidigen dieselbe Ansicht in ähnlicher Weise in Bezug auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrags. Eine directe Aeußerung in dieser Richtung rücksichtlich der exceptio excussionis findet sich nirgends.

3) Vangerow und Heerwart, a. a. O.

4) Bayer, Theorie der summarischen Prozesse, §. 43, S. 95 u. ff. Im württ. Prozesse muß dasselbe von dem s. g. außergerichtlichen Contumacial-Verfahren gelten.

Alle diese Sätze fallen dagegen weg, sobald man das Prinzip aufgibt, aus welchem sie als Folgerungen abfließen, und die in Frage stehende Einwendung nicht als einen Widerspruch des historischen Klagefundaments, sondern vielmehr als eine wahre, eigentliche Einrede ansieht. Als solche darf sie dann vom Richter nicht ex officio ergänzt werden, und ebenso wenig bedarf es einer anticipirenden Widerlegung der ihr zu Grunde liegenden thatsächlichen Behauptung in der Klage, was vielmehr der Replik vorbehalten bleiben muß. [5]) Ein sehr bedeutender praktischer Unterschied zwischen den hier besprochenen divergenten Ansichten stellt sich endlich noch speciell für das württembergische Prozeßrecht heraus. Nach §. 128 des IV. Organisationsedikts für die Rechtspflege ꝛc. vom 31. December 1818 sollen nämlich, falls der Beklagte die ihm zur Antwort verstattete peremtorische Frist ungehorsamer Weise verstreichen läßt (abweichend von den gemeinrechtlich über die cotumacia geltenden Grundsätzen), die faktischen Umstände der Klage als zugestanden angenommen werden. Je nachdem man nun hinsichtlich der Vorausklagung des Hauptschuldners der einen oder anderen der oben erwähnten Betrachtungsweisen beipflichtet, wird man auch dem Beklagten die Befugniß, jenen Umstand innerhalb der ihm weiterhin verstatteten Frist zur Vorbringung seiner Einreden geltend zu machen, zugestehen, oder aber absprechen müssen, und folgeweise unter concreten Verhältnissen das ganze Schicksal eines Prozesses in entgegengesetzter Weise bestimmen.

§. 3.

Allgemeine Anhaltspunkte für die Würdigung der entgegenstehenden Ansichten.

Zieht man die, in Bezug auf die angeregte Controverse sich direkt gegenüberstehenden, beiden Hauptmeinungen in genauere Erwägung, so wird man vor allen Dingen dahin geführt, zwei wesentlich von einander verschiedene Fälle hier zu trennen.

---

5) Heerwart, l. c. Bayer, Vorträge ꝛc., S. 299.

Die Einrede der Vorausklage kann nämlich entweder auf Gesetz oder auf Vertrag beruhen. Durch das Gesetz ist gemeinrechtlich dem Bürgen die Befugniß eingeräumt, den Gläubiger auf die Vorausklagung des Hauptschuldners zu verweisen; [1]) (exceptio excussionis im eminenten Sinne) durch Vertrag kann unter den jeweiligen Contrahenten ein besonderer ordo conventionis eingeführt, und demgemäß der diese Reihenfolge nicht achtende Kläger angehalten werden, zunächst den Vormann gerichtlich zu belangen. Die Beurtheilung dieser zwei eigenthümlichen Formen, unter welchen die Exkussionseinrede zur Geltung gelangen kann, ist nun aber eine ganz verschiedene. Um nämlich das Wesen der gesetzlichen Einrede der Vorausklage, der technisch s. g. exceptio excussionis s. ordinis, näher zu bestimmen, muß man den Geist der vorhandenen legislativen Normen zu ergründen suchen, und in Folge dieser genaueren Untersuchung entscheiden, ob die Vorausklagung des Hauptschuldners nach den gesetzlichen Bestimmungen als eine nothwendige Voraussetzung für die Entstehung des Rechts des Gläubigers gegen den Bürgen, oder aber die Befugniß zu jener Verweisung des Klägers (nach der gewöhnlichen Annahme) als eine dem Letzteren eingeräumte eigene Rechtswohlthat anzusehen sey? [2])

Die Beurtheilung der zweiten Art der Excussionseinrede, der auf besonderer Beliebung der Parthien beruhenden, wird vornehmlich von der Entscheidung der vielfach bestrittenen Frage abhängen, ob das Berufen des Beklagten auf eine dem Rechtsgeschäfte beigefügte Suspensivbedingung als ein Wider-

---

1) Zu den Fällen der gesetzlichen exceptio excussionis gehören ferner die in Nov. 4. Cap. 2 dem Besitzer eines Pfandes eingeräumte Befugniß, den Gläubiger auf die Vorausklagung des Schuldners und dessen Bürgen verweisen zu können (beneficium excussionis personalis), so wie der Fall des s. g. beneficium excussionis realis, wo der Gläubiger, dem zugleich eine Special- und Generalhypotheke eingeräumt ist, genöthigt werden kann, zuerst das speciell verpfändete Object anzugreifen. L. 2 D., qui pot. in pign. (20, 4), C. 2 Cod. de pignor. (8, 14). Vangerow, Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen, B. I, S. 815 u. ff. — Von allen diesen verschiedenen Fällen, in welchen die Einrede der Vorausklage dem Beklagten kraft Gesetzes zukömmt, gilt dasselbe.

2) Insbesondere ist hier die Nov. 4. zu beachten, und die Veränderung zu ermitteln, welche Justinian mittelst dieses Gesetzes an dem früher bestehenden Rechte vorgenommen.

spruch des geschichtlichen Klagegrundes, oder als eine wahre Einrede aufzufassen sey? [3])

Außer diesen hauptsächlichen entscheidenden Momenten werden jedoch auch anderweitige, der allgemeinrechtlichen Natur der verschiedenen Vertheidigungsmittel des Beklagten entnommene, Gründe und Rücksichten in unterstützender Weise zu Rathe gezogen, und analoge Verhältnisse in Betracht genommen werden müssen. [4]) Aus allen diesen verschiedenartigen Erwägungen und Erörterungen wird sich dann das, hier schon zum Voraus kurz anzudeutende, Resultat ergeben, daß in den beiden von einander geschiedenen Fällen ihrer Anwendung die exceptio excussionis, ihrer eigentlichen und wahren Natur nach, als eine dilatorische Einrede (in dem oben §. 3 des I. Abschnitts entwickelten Sinne) zu prädiziren, und die Ansicht der Mehrzahl unter den Prozeßschriftstellern unserer Zeit (wenigstens rücksichtlich der gesetzlichen Einrede der Vorausklage, [5]) wenn gleich auch hinsichtlich ihrer in der Praxis der Gerichte angeblich die entgegengesetzte Ansicht herrschen soll) [6]) auch als die vorzüglichere anzuerkennen sei.

§. 4.

I. Von dem sogenannten beneficium excussionis.

a. Allgemeine Erörterung der Frage: ob dasselbe negative Streiteinlassung oder Einrede sei?

Unter den Schriftstellern, welche das dem Bürgen gesetzlich zustehende s. g. beneficium excussionis als einen Widerspruch des geschichtlichen Klagegrundes auffassen, (vergl. oben

---

3) Schmidt, die gemischten Einreden, §. 4 u. 5, so wie die dort citirten Schriftsteller. — Auch ist zu vergleichen: Note 8 zu §. 4 des ersten Abschnitts dieser Abhandlung.

4) z. B. die Einrede des nicht erfüllten Vertrags, der Theilung ꝛc.

5) Zu vergl. §. 1 dieses Abschnitts.

6) Schmidt, l. c., S. 100 u. ff. — S. auch den folgenden §. dieses Abschnitts.

§. 1 dieses Abschnitts) ist G. E. Schmidt [1]) der Einzige, der seine Ansicht näher zu begründen sucht. Derselbe stützt sich im Wesentlichen auf folgendes Raisonnement:

Zunächst unterscheidet er zwischen Klage im subjektiven und objektiven Sinne. Unter ersterer versteht er die Befugniß zu selbstständiger Geltendmachung eines Rechts, das Klagerecht, (unterschieden von dem klagbaren Rechte, welches durch die Klage geltend gemacht werden soll) [2]) unter letzterer den wirklichen Gebrauch jener Befugniß, die Geltendmachung des Klagerechts im subjektiven Sinne. Die subjective Klage gehöre (wie er weiter ausführt) dem Civilrechte an, welches die Bedingungen für die Entstehung eines Rechts und der damit unzertrennbar verbundenen Befugniß zu dessen Geltendmachung, [3]) die materiellen Bedingungen, vorschreibe; für die objektive Klage bestimme dagegen das Prozeßrecht die Bedingungen zu deren Geltendmachung, die formellen Bedingungen. Da nun, — bemerkt Schmidt weiter, — das gemeine deutsche Prozeßrecht, in Folge der ihm zu Grunde liegenden Verhandlungsmaxime, überhaupt dahin strebe, daß dem Richter durch die Vorträge der Partheien das Rechtsverhältniß möglichst erkennbar gemacht werde; so trete diese Tendenz insbesondere auch bei Feststellung derjenigen Momente hervor, welche zur Begründung der Klage im objektiven

---

1) Schmidt, die gemischten Einreden, §. 3 u. 4, S. 29—76.

2) Die hier angenommene Bedeutung des Klagerechts ist von Schmidt, nach dessen eigener Behauptung, der römischen Definition, nach welcher dasselbe als „jus persequendi in judicio quod sibi debetur" — pr. Inst. de act. (4, 6) L. 51 D., de act. et oblig. (44, 7) — bestimmt wird, genau angepaßt. Schmidt, l. c., S. 29 u. 30, Note 41.

3) Mit dem Rechte soll, nach Schmidt, immer auch die Befugniß zu dessen Geltendmachung entstehen, und zwar in der Regel zu dessen angriffsweiser Verfolgung, so daß die Beschränkung dieser Befugniß auf die Vertheidigung als eine nicht zu vermuthende Ausnahme betrachtet werden müsse. Auch im heutigen Rechte soll daher nach seiner Annahme, der Grundsatz gelten: ubi jus non deest, nec actio deesse debet, ein Axiom, welches schon dem späteren römischen Rechte nicht fremd gewesen zu sein scheine, da es in L. 21 D., de praescr. verb. (19, 5) heiße: quotiens deficit actio vel exceptio, utilis actio vel exceptio est. Schmidt, l. c., S. 34, Note 45.

Sinne erfordert würden. Für ein jedes Rechtsverhältniß gebe es nämlich gewisse, theils in der Natur der Sache begründete, theils auf positiven Vorschriften beruhende, *äußere* Merkmale, sowohl um daran die Existenz desselben und das daraus entspringende Recht zu erkennen, als auch um es dadurch von anderen ihm ähnlichen zu unterscheiden, wie z. B. beim Kauf res, pretium und consensus. Diese seien zugleich die *äußeren Bedingungen für die Existenz eines Rechts* und der damit *unzertrennbar zusammenhängenden* Befugniß zu dessen angriffs- oder vertheidigungsweiser *Geltendmachung.* [4]) Daneben gebe es aber für die Entstehung eines Rechtsverhältnisses auch *innere* Requisite, worunter die *Eigenschaften* jener äußeren Momente zu verstehen seien z. B. beim Kaufe, daß die Sache im Verkehr, der Preis ein angemessener, die Einwilligung eine freie sei, 2c. Diese Eigenschaften bestünden eigentlich in dem *Nichtvorhandensein* der sie aufhebenden Thatsache, in einer *Negative*, und seien daher äußerlich *gar nicht erkennbar.* Das *Prozeßrecht* begnüge sich nun zu seinem Zwecke (nämlich *Erkennbarmachung* des fraglichen Rechtsverhältnisses für den Richter) mit jenen *äußeren Momenten*, wogegen das *Civilrecht* das *Zusammentreffen der äußeren und inneren Requisite* verlange. Der Kläger könne sich daher bei Aufstellung des Klagegrundes auf das Vorbringen jener *äußeren* Merkmale beschränken, und die *negative Einlassung* bestehe folgeweise in dem Abredigsein dieser *formellen* Momente, während das Berufen auf einen Mangel an einem zur *materiellen* Begründung eines Rechts gehörigen Requisite, an einem *inneren* Momente, oder auf eine diesen Mangel herbeiführende Thatsache, z. B. Minderjährigkeit, Vorhandensein einer noch nicht entschiedenen Bedingung, 2c. in das Gebiet der *Einreden* gehöre.

In Bezug auf die exceptio excussionis insbesondere führt

---

4) Wenn für die Befugniß, ein Recht durch Klage geltend zu machen, außer den natürlichen oder rein positiven Requisiten noch andere Erfordernisse durch besondere Uebereinkunft der Partheien festgesetzt werden, so sollen diese, wie *Schmidt*, l. c., S. 50, Nro. 58 und S. 60 ausführt, als Bedingungen und in dieser Eigenschaft als Gegenstand der Einrede aufzufassen sein.

Schmidt aus, daß nach den Anordnungen Justinian's in Nov. 4, wodurch eine allgemeine Aenderung des früheren Rechts bezweckt, beziehungsweise durchgeführt worden sei, die Vorausklagung des Hauptschuldners als ein äußeres, somit zu dem geschichtlichen Klagegrunde gehöriges, Moment aufgefaßt werden müsse.[5])

Die Richtigkeit dieser Auffassung und Ausführungen Schmidt's beruht nun einerseits auf dem Werthe der von ihm aufgestellten allgemeinen Grundsätze über die zum Klagegrunde gehörigen Momente, andrerseits auf der Begründetheit seiner geschichtlichen Erörterungen über das s. g. beneficium excussionis insbesondere. Die folgende Darstellung wird daher sowohl über den einen, als über den andern Punkt Aufklärung zu verschaffen suchen, und zwar in der Weise, daß zunächst die bestehenden gesetzlichen Normen über die fragliche Einwendung der Vorausklage in nähere Untersuchung gezogen, sodann allgemeinrechtliche Erörterungen über deren innere Wesenheit gegeben werden sollen. Zum Behufe der ersteren Untersuchung muß aber die geschichtliche Entwicklung verfolgt werden, welche das hier zur Sprache kommende rechtliche Verhältniß zwischen Bürgen und Hauptschuldner genommen hat, um danach den Charakter der von Justinian mittelst der Novelle 4 durchgeführten Aenderung des früheren Rechts bemessen zu können. Je nachdem nämlich die Ansicht über die hier eingeführte Rechtsneuerung sich gestaltet, wird auch die Lösung der Hauptfrage: ob nach den neuesten Gesetzesbestimmungen die Vorausklagung des Hauptschuldners eine Voraussetzung für die Entstehung des Rechts des Gläubigers gegen den Bürgen, oder aber eine diesem verliehene, nur kraft ausdrücklich erklärten Gebrauchs Geltung erlangende, eigene Rechtswohlthat, m. a. W. ob sie Gegenstand einer negativen Einlassung, oder aber einer eigentlichen, wahren Einrede sei? ganz verschieden ausfallen.

---

5) Schmidt, l. c. §. 6, S. 91–102.

§. 5.

b. Entwicklung der gesetzlichen Bestimmungen über die s. g. Rechtswohlthat der Vorausklage.

Bis zu Justinian waren Bürge und Hauptschuldner (gleich wie mehrere Bürgen unter sich) [1]) Correalschuldner, correi debendi, und dem Gläubiger stand demzufolge die Wahl zu, welchen von beiden er zuerst um seine Befriedigung angehen wollte. Hatte aber der Creditor seine Klage gegen Einen dieser beiden correaliter Verpflichteten gerichtet, und war der Prozeß bis zur Litiscontestation gediehen, so wurde hierdurch der Andere vollständig liberirt. [2]) Nur wenn die Verabredung gleich ursprünglich dahin gieng, daß der Bürge blos dann haften solle, wenn und insoweit der Gläubiger vom Hauptschuldner keine Befriedigung zu erlangen vermöchte, mußte der Letztere zuerst ausgeklagt werden. [3]) War

---

1) Gaj. III, §. 121 et 122, §. 4, Inst. de fidejuss. (3, 20). Walter, Geschichte des römischen Rechts bis auf Justinian, Buch III, Cap. 15, S. 645. Ribbentrop, Lehre von den Correalobligationen, S. 109 u. 113. Durch die, in Folge einer epistola Hadriani mehreren Bürgen eingeräumte, Rechtswohlthat der Theilung war die correale Verbindlichkeit derselben nur modifizirt, nicht aufgehoben worden, §. 4, Inst. de fidejuss. (3, 20) i. f. — „Sed si ab uno fidejussore creditor totum consecutus fuerit, hujus solius detrimentum erit, si is, pro quo fidejussit, solvendo non sit, et sibi imputare debet, quum potuerit adjuvari ex epistola divi Hadriani, et desiderare, ut pro parte in se detur actio." — Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechts (3te Auflage), B. II, S. 542, §. 491 u. ff.

2) L. 57, §. 1 D. de solut. (46, 3), C. 5, 19, 23, Cod. de fidejuss. (8, 41). Ribbentrop, Lehre von der Correalobligation, S. 260 u. ff. Mühlenbruch, Lehrbuch, l. c., §. 486. Keller, über L. C. und Urtheil, §. 52.

3) L. 16, §. 6 D., de fidejuss. (46, 1). L. 122, §. 4 D., de V. O. (45, 1). Die Verabredung lautete in einem solchen Falle gewöhnlich: „quanto minus ab eo consequi posset," oder „quidquid reus debere constitisset." Man pflegt den unter einer derartigen Bedingung obligirten Bürgen: „Schadloshaltungsbürge," „fidejussor indemnitatis," zu nennen, und folgeweise heut zu Tage wegen des beneficium excussionis jeden Bürgen als solchen zu betrachten. Mühlenbruch, l. c., §. 436, Note 17 und 22. Vangerow, Leitfaden ꝛc.,

nämlich eine derartige Bedingung dem Contrakte beigefügt, so hatte sie die Wirkung, daß vor deren Eintritt das Recht des Gläubigers gegen den Bürgen gar nicht existent war, und folgeweise zwischen dem Letzteren und dem Hauptschuldner ein Correalverhältniß gleichfalls nicht bestehen konnte. Dies findet sich ganz klar und bestimmt in L. 116 D. de V. O. (45, 1) ausgesprochen, wo Papinian sagt: „Decem stipulatus a Titio, postea quanto minus ab eo consequi posses, si a Maevio stipuleris, sine dubio Maevius universum periculum potest subire. Sed et si decem petieris a Titio, Maevius non erit solutus, nisi judicatum Titius fecerit. Paulus notat: *Non enim sunt duo rei Maevius et Titius ejusdem obligationis, sed Maevius sub conditione debet, si a Titio exigi non poterit; igitur nec Titio convento Maevius liberatur, qui an debiturus sit, incertum est, et solvente Titio non liberatur Maevius, qui nec tenetur, quum conditio stipulationis deficit, nec Maevius pendente stipulationis conditione recte potest conveniri, a Maevio enim ante Titium excussum non recte petetur.*

An diesem rechtlichen Zustande nahm nun Justinian mehrfache Aenderungen vor. Zunächst bestimmte er in L. 28 Cod. de fidejussor (8, 41), daß der Bürge oder sonstige Correalschuldner nicht mehr durch den Prozeß (durch die Litiscontestation) gegen den Haupt-, beziehungsweise anderen Correalschuldner, sondern vielmehr erst durch die wirkliche Befriedigung des Gläubigers liberirt werden sollte. Eine weitere Neuerung führte Justinian mittelst der Nov. 4 Cap. I ein, worin er wörtlich Folgendes anordnete: „Si quis igitur mutuum dederit et fidejussorem aut mandatorem aut constitutae pecuniae reum acceperit: *ille non statim ab initio mandatorem aut fidejussorem aut constituentem conveniat,* neque neglecto debitore intercessoribus molestus sit: *sed primo eum, qui pecuniam accepit debitumque contraxit, conveniat:* et si quidem inde acceperit, ab reliquis abstineat, quid enim ei cum extraneis erit, cui debitor satisfecit? *Si vero a debitore nec*

B. III, S. 141 u. ff. Schmidt, die gemischten Einreden, S. 92. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechts (2te Auflage), B. II, §. 360 u. 362, Note e. Vergl. auch unten Note 9.

partem nec solidum consequi poterit, quantum ab illo accipere non potuit, pro ea parte cum fidejussore vel mandatore experiatur et ab eo reliquum consequatur. Atque haec quidem, si utrique tam principalis debitor, quam fidejussor aut mandator aut constitutae pecuniae reus praesentes sint, omnimodo serventur.

Si vero fidejussor aut mandator aut qui constitutum suscepit, quidem adsit, principalem autem abesse contingat, durum est, creditorem alio mittere, quum a fidejussore aut mandatore aut constituente exigere possit."

Welcher Beschaffenheit nun die in dieser Novelle eingeführte Aenderung des früheren rechtlichen Verhältnisses des Bürgen sei? darüber sind die Schriftsteller getheilter Meinung. Während nämlich der größte Theil der Rechtsgelehrten dieses Gesetz als ein jus singulare, als eine dem Bürgen verliehene besondere Rechtswohlthat auffaßt, durch deren Gebrauch dieser seine strenge Haftverbindlichkeit als Correalschuldner sich erleichtern, und den Gläubiger zwingen kann, seine Befriedigung zunächst bei dem Hauptschuldner zu suchen: [4]) behauptet dagegen Schmidt, [5]) Justinian habe durch diese Novelle das frühere Recht im Allgemeinen geändert, und die Klage des Gläubigers gegen den Bürgen an die Bedingung der erfolglosen Vorausklagung des Hauptschuldners geknüpft. Nach des Letzteren Auffassung erscheint das Recht des Gläubigers gegen den Bürgen in Folge der Anordnungen Justinian's überhaupt als ein bedingtes, und die Insolvenz oder Abwesenheit des Hauptschuldners als eine nothwendige Voraussetzung für dessen Entstehung. Die Bedingung der erfolglosen Vorausklagung des Hauptschuldners, welche früher Sache besonderer Beliebung war, ist nach Schmidt, nunmehr zur gesetzlichen umgewandelt worden, vor deren Eintritt das Recht des Gläubigers gegen den Bürgen gar nicht zur wirklichen Existenz gelangt. — Zur Unterstützung dieser

---

4) Vergl. die oben §. 1 dieses Abschnittes angeführten Schriftsteller, ferner Mühlenbruch, Lehrbuch ꝛc., §. 486, Note 18. Vangerow und Wening-Ingenheim, a. a. O. Ribbentrop, l. c. S. 114, Note 16. Glück, Commentar zu den Pandekten, B. XVIII, S. 357—67.

5) a. a. O., S. 94—100.

seiner Ansicht führt Schmidt insbesondere auch die Nov. 99 an, wo für den Fall, daß mehrere Schuldner sich für einander verbürgt hätten, ausgesprochen sei, daß ein Jeder von ihnen an sich und unbedingt nur pro parte virili, — also für die Antheile der Uebrigen, zu deren Gunsten er sich verbürgt, nur bedingt — verpflichtet sein solle.

Bei näherer Würdigung dieser verschiedenen Auffassungen der Nov. 4 ist vor allen Dingen zu bemerken, daß die in dem Gesetze selbst gebrauchte Ausdrucksweise weder für die eine, noch für die andere Ansicht ein entscheidendes Moment an die Hand gibt. Denn die Worte „conveniat," experiatur" können keinesfalls besonders hervorgehoben und zu entscheidender Geltung gebracht werden, da es keinem gegründeten Zweifel unterliegt, daß der Gläubiger bei notorischer Insolvenz des Hauptschuldners sich sofort an den Bürgen wenden kann, ohne daß es einer vorgängigen gerichtlichen Belangung des Ersteren bedarf, 6) mithin Fälle sich ereignen können, wo von einem „convenire" oder „experiri" gar keine Rede ist.

Es kommt vielmehr Alles darauf an, zu bestimmen: ob Justinian mittelst der mehr gedachten Novelle eine allgemeine Aenderung des früheren Rechts, oder aber die Einführung eines jus singulare bezweckt, beziehungsweise bewirkt habe? — Nach sorgfältiger Prüfung des Sachverhältnisses kann man nun nicht umhin, der letzteren Annahme den Vorzug zu ertheilen und die in der Doctrin der neueren Zeit herrschende Ansicht als die richtige anzuerkennen. Betrachtet man nämlich den Zusammenhang, in welchem die Anordnungen der Novelle 4 zu den sonst geltenden rechtlichen Grund-

---

6) Wening-Ingenheim, a. a. O., §. 363. Sell, in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, B. III, Abh. 13, S. 243 u. ff. — Zwar sind manche Schriftsteller, z. B. Glück, Pandektencommentar, B. XVIII, S. 383 und die dort Citirten der Ansicht, daß durch den über den Hauptschuldner ausgebrochenen Concurs die exceptio excussionis nicht ausgeschlossen, und der Gläubiger genöthigt werden könne, sich in denselben einzulassen, allein für den Fall, daß wegen offenbarer Insolvenz des Hauptschuldners von einem Concursverfahren überhaupt abstrahirt werden sollte, pflichten sicherlich auch diese Schriftsteller der im Texte ausgesprochenen Meinung bei. — Schmidt, a. a. O.

sätzen über den Bürgschaftsvertrag beziehungsweise die Correal-Obligation überhaupt stehen: so wird man sich alsbald überzeugen, daß Justinian durch dieses Gesetz weder eine für alle Correalschulden gültige Norm geben, noch die correale Natur der Bürgschaftsverbindlichkeit gänzlich aufheben, vielmehr einzig und allein das sonst bei Correalobligationen Platz greifende freie Wahlrecht des Gläubigers beschränken wollte.[7]) Denn daß die objektive Einheit der obligatio des Schuldners und des Bürgen durch das mehrgenannte Gesetz Justinian's nicht aufgehoben wurde, geht klar daraus hervor, daß, nach wie vor, alle Begebenheiten, welche den objektiven Bestand der Obligation angreifen, den Bürgen zugleich mit dem Hauptschuldner liberiren.[8]) Es kann also keineswegs davon die Rede sein, daß vor der Belangung des Hauptschuldners gar kein Correalverhältniß zwischen diesem und dem Bürgen existire, — wie Paulus in der oben citirten L. 116 D. de V. O. (45, 1) rücksichtlich des, unter der Bedingung mangelnder Befriedigung von Seiten des Hauptschuldners eingegangenen, Bürgschaftsvertrags ausführt, — sondern die sonst vollständig eintretende correale Natur der Verbindlichkeiten beider Personen erscheint nur in Einer Beziehung als modifizirt. Daher ist es ein ungenauer (wiewohl auch von solchen Schriftstellern, welche nicht der Ansicht Schmidt's huldigen, gebrauchter)[9]) Ausdruck, hier von einer

---

7) Glück, Commentar 2c., B. XVIII, S. 360 u. ff. Wening-Ingenheim, Lehrbuch 2c., B. II, §. 360—364. — Der Umstand, daß die Verbindlichkeit des Bürgen eine accessorische ist, alterirt das correale Verhältniß desselben zum Hauptschuldner durchaus nicht, sondern übt nur auf die subjective Beziehung Einfluß. — Ribbentrop, a. a. O., §. 3, Note 2, S. 12, §. 17, S. 107. Keller, über L. C. und Urtheil, S. 447.

8) pr. Inst. quibus modis obligatio toll. (3, 29). C. 4, Cod., de fidejuss. (8, 41). Ribbentrop, a. a. O., §. 29, S. 268 u. ff. Mühlenbruch, l. c., §. 493. Vangerow, Leitfaden 2c., B. III, S. 89 u. ff., verglichen mit B. I, S. 211. Keller, a. a. O., S. 435. Schmidt, a. a. O., S. 120 u. 121.

9) Vangerow, Leitfaden, B. III, S. 144 i. f. Burchardi, im Archiv für die civilistische Praxis, B. XIX, Abh. 3, S. 61 u. ff. Auch der von Vangerow a. a. O. und anderen Schriftstellern gebrauchte Ausdruck, daß durch das beneficium excussionis jede Bürgschaft zu einer „fidejussio

„gesetzlichen Bedingung" zu sprechen. — Ist nun aber anerkannt, daß es sich mit der Anordnung Justinian's in der mehr genannten Novelle auf die angedeutete Weise verhalte: so läßt sich auch nicht das Vorhandensein aller Bedingungen zu einem wahren jus singulare in Abrede stellen. Denn ganz vollkommen paßt hierauf die legale Definition der L. 16 D. de leg. (1, 3), wo es heißt: „Jus singulare est quod contra *tenorem rationis* propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est," da es sich hier von einer zu Gunsten gewisser Personen (Bürgen, Constituenten 2c.) getroffenen Ausnahmsbestimmung von den früherhin geltenden Grundsätzen über die Correalobligation („contra rationem juris") handelt. [10])

Justinian hat also, nachdem er in L. 28 Cod. de fidejuss. die Anordnung getroffen, daß die Correalschuldner nur durch die Befriedigung des Gläubigers, und nicht mehr durch den bloßen Prozeß liberirt werden sollten, mithin die Lage des Letzteren wesentlich verbessert hatte, auch den rechtlichen Zustand des Bürgen zu dessen Gunsten umgestaltet, [11]) indem er demselben verstattete, durch die Verweisung des Gläubigers an den Hauptschuldner dessen Wahlrecht zu vereiteln. Der Bürge war somit in Folge dieser Gesetze theils besser, theils schlimmer gestellt, als im früheren Rechte; besser, indem er nicht mehr wie früher, von dem Gläubiger nach seinem Belieben vor dem (anwesenden) Hauptschuldner in Anspruch genommen werden konnte; schlimmer, indem er nun stets für die mangelnde Befriedigung des Gläubigers einzustehen hatte, und nicht mehr liberirt wurde, sobald dieser mit dem Hauptschuldner bis zur Litiscontestation prozessirt hatte. Die dem Bürgen eingeräumte Befugniß, auf die Vorausklagung des

---

indemnitatis" geworden sei, kann nur unter der Beschränkung auf den im Falle des reellen Gebrauchs dieser Rechtswohlthat sich ergebenden materiellen Erfolg als richtig prädizirt werden.

10) Savigny, System des heutigen römischen Rechts, B. I, S. 61 nennt das jus singulare „anomalisches Recht."

11) Dies spricht Justinian in Nov. 4, C. 1 selbst als den Zweck seiner Anordnung unumwunden mit den Worten aus: „fidejussoribus enim et istiusmodi hominibus auxilio venire aequum est."

Hauptschuldners verweisen zu dürfen, ist demzufolge ganz genau der durch Hadrian mehreren Bürgen verliehenen s. g. Rechtswohlthat der Theilung nachgebildet, über deren exzeptivischen Charakter durchaus kein Zweifel herrscht, da sie selbst in den Rechtsquellen als „exceptio“ aufgeführt wird.[12]) Eben so wenig als durch das beneficium divisionis die Verbindlichkeit mehrerer Bürgen als von vorn herein (ipso jure) getheilt angenommen werden kann:[13]) eben so wenig kann die Verbindlichkeit des Bürgen im Verhältnisse zum Hauptschuldner durch die Befugniß zur Excussion als von vorn herein bedingt (mithin vor erfolgter Ausklagung des Hauptschuldners als gar nicht existent) prädizirt werden. In beiden Fällen bedarf es vielmehr des besonders und unzweideutig erklärten Gebrauchs der betreffenden Rechtswohlthat, damit die dadurch bezweckte Erleichterung der strengen Haftverbindlichkeit des Beklagten Geltung und Wirksamkeit erlange. Freilich ist im Falle des wirklichen Gebrauchs dieser Rechtswohlthaten der endliche Effekt ganz derselbe, wie wenn der Gläubiger gleich ursprünglich seine Klage gegen den Hauptschuldner, beziehungsweise den Mitbürgen hätte richten müssen, und hierauf bezieht sich der Ausspruch des Paulus in L. 112 D. de R. J. (50, 17) „Nihil interest, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur;“[14]) allein die Voraussetzungen sind in beiden Fällen gänzlich verschieden, und vor dem Gebrauche der fraglichen Befugniß sind wichtige materiell-rechtliche

---

12) L. 28 de fidejuss. Wening-Ingenheim in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, B. IV, Abh. XVII, S. 406 und die daselbst aufgeführten Autoren.

13) Völlig unbegreiflich ist es, wie Schmidt, welcher sonst über die Rechtswohlthat der Theilung der richtigen Ansicht beipflichtet, und von ganz untadelhaften Voraussetzungen ausgeht, S. 421, Note 149, die Behauptung aufstellen kann, die Verbindlichkeit mehrerer Bürgen sei in Folge der epistola Hadriani eine materiell getheilte, und jeder derselben hafte nun von Anfang an nur für den ihn treffenden Antheil. — In L. 26 pr. de fidejuss. (46, 1) heißt es ja ausdrücklich: „Inter fidejussores non ipso jure dividitur obligatio ex epistola Divi Hadriani.“

14) Vangerow, Leitfaden, B. I, S. 147.

und prozessualische Unterschiede vorhanden. (Vergl. oben §. 2 dieses Abschnitts.)

Den bisherigen Erörterungen zufolge muß es in hohem Grade auffallen, wie Schmidt, ungeachtet er über den Fortbestand der objektiven Einheit der Verbindlichkeiten des Hauptschuldners und Bürgen der richtigen Ansicht beipflichtet (zu vergl. S. 120), gleichwohl behaupten kann, die Nov. 4 enthalte kein jus singulare, sondern habe eine allgemeine Aenderung des früheren Rechts bezweckt, beziehungsweise durchgeführt. Denn gerade deßhalb, weil durch die gedachte Nov. der objektive Bestand der Obligation nicht alterirt werden sollte, konnte es sich nicht von einer allgemeinen, durchgreifenden Aenderung des früheren Rechtsverhältnisses, sondern vielmehr nur von einer besonderen, vereinzelten Modification der rücksichtlich der Correalobligation bestehenden rechtlichen Grundsätze „contra tenorem et rationem juris" handeln. Wenn daher Schmidt (l. c. S. 120) sagt: „Noch immer (d. h. nach Emanation der Nov. 4) bestand derselbe obligatorische Grund, dasselbe Schuldobjekt, dasselbe unmittelbare Bezugsverhältniß des Bürgen zur obligatio, und nur dessen subjektive Beziehung hatte durch die, dem Rechte des Gläubigers gegen den Bürgen vom Gesetze gestellte, Bedingung der Abwesenheit oder Insolvenz des Hauptschuldners eine Veränderung erlitten," so verbindet er hier zwei durchaus unverträgliche Sätze mit einander. In Gemäßheit der mittelst der vorangegangenen geschichtlichen Ausführungen hier begründeten Ansicht hätte vielmehr der Nachsatz dahin gestellt werden müssen: daß die Veränderung der subjektiven Beziehung des Bürgen durch die ihm verliehene Befugniß, den Gläubiger auf die Vorausklagung des solventen und anwesenden Hauptschuldners verweisen zu dürfen, herbeigeführt worden sei.

Auch die Nov. 99 vermag nicht die Ansicht Schmidt's in genügender Weise zu rechtfertigen. Denn abgesehen davon, daß nach der Annahme mancher Schriftsteller in der angezogenen Nov., deren Inhalt in höchstem Grad controvers ist, von dem s. g. beneficium excussionis gar keine Rede, sondern einzig und allein

von der Rechtswohlthat der Theilung gehandelt sein soll,[15]) läßt sich der Ausspruch dieses Gesetzes, auch unter der Voraussetzung, daß darin auf die Anordnungen der Nov. 4 Bezug genommen,[16]) mit der hier entwickelten Ansicht recht wohl in Einklang bringen. Denn wenn Justinian in der fraglichen Nov. 99 äußert: „Si quis enim alterna fidejussione obligatos sumat aliquos, si quidem non adjecerit oportere et unum horum in solidum teneri, omnes ex aequo conventionem sustinere,“ so lassen sich die Endworte wohl ohne den geringsten Zwang auf den materiellen Erfolg beziehen, welcher in dem Falle sich ergeben würde, daß alle wechselseitig verbürgten Schuldner von der ihnen in Nov. 4 eingeräumten Rechtswohlthat Gebrauch machten. Wollte man nämlich die angezogenen Schlußworte („πάντας ἐξ ἴσου τὴν ἀγωγὴν ὑφίστασθαι“) ganz strikt auffassen, so würde man consequenter Weise zu dem (wirklich auch von manchen Schriftstellern aufgestellten)[17]) irrigen Resultate[18]) kommen, daß der Gläubiger, wenn Einer der Schuldner sich hinterher als insolvent herausstellen sollte, gleichwohl die Uebrigen, in ihrer Qualität als Bürgen, nicht einmal in subsidium belangen könnte; welchenfalls überdies eine höchst singuläre, auf die in Nov. 99 vorausgesetzten concreten Verhältnisse (wechselseitige Verbürgung mehrerer Schuldner nämlich) zu beschränkende, gesetzliche Vorschrift vorliegen würde, mithin von einer Beziehung derselben auf die allgemeine rechtliche Stellung der Bürgen überhaupt gar keine Rede sein könnte. Das allgemeine Rechtsverhältniß des Bürgen muß vielmehr in Gemäßheit der durch Nov. 4 getroffenen Anordnungen dahin bestimmt werden, daß ihm vermöge eigenthümlicher Rechtswohlthat die

15) Ribbentrop, a. a. O., S. 116, Note 18. Fritz, Commentar zu Wening-Ingenheim's Lehrbuch, B. II, S. 192 u. ff. Göschen, Pandektenvorlesungen, §. 374. Glück, Commentar, B. 4, §. 339.

16) Burchardi, im Archiv für die civilistische Praxis, B. XIX, S. 49 u. ff. Vangerow, Leitfaden, l. c. S. 80 u. ff.

17) Glück, Commentar, B. IV, S. 527. Zimmern, in seinen und Neustetel's römisch-rechtlichen Untersuchungen, S. 274 u. ff., Note 45, und die dort citirten Schriftsteller.

18) Vangerow, a. a. O., S. 83. Burchardi, l. c. S. 56 u. ff.

Befugniß zusteht, den Gläubiger anzuhalten, zunächst seine Befriedigung bei dem anwesenden und zahlungsfähigen prinzipalen Schuldner zu suchen.

§. 6.

c. Darlegung weiterer Gründe für die hier ausgeführte Ansicht, daß die gesetzliche Einwendung der Vorausklage eine wahre Einrede sei.

Sobald einmal die, im vorigen Paragraphen entwickelte, Behauptung feststeht, daß die dem Bürgen rc. gesetzlich zustehende Befugniß, die Vorausklage des Hauptschuldners verlangen zu können, eine besondere Rechtswohlthat sei; so kann der exceptivische Charakter der hierauf zu gründenden Einwendung wohl keinem haltbaren Bedenken mehr unterliegen. Denn wenn Schmidt (S. 100, l. c.) für seine entgegenstehende Ansicht sich darauf stützt, daß hier das Axiom „beneficium invito non datur" nicht zur Anwendung kommen könne, weil es sich hier von einem Solchen handle, welcher sich über den Gebrauch einer Wohlthat noch gar nicht erklärt habe, mithin keineswegs als „invitus" bezeichnet werden dürfte: so supponirt er selbst eine unrichtige und verkehrte Anwendung jenes anerkannten rechtlichen Grundsatzes. Gerade deßhalb nämlich, weil keine Erklärung über den Gebrauch der Rechtswohlthat vorliegt, darf der Richter denselben nicht von Amtswegen ergänzen, da er möglicher Weise sie für einen „invitus" eintreten lassen könnte, sondern muß vielmehr jene Erklärung abwarten. Der beregte Rechtsgrundsatz: „daß eine Wohlthat nicht wider Willen gegeben wird," kömmt also hier nicht direkt und unmittelbar zur Anwendung, sondern nur indirekter Weise, mittelst des aus ihm abgeleiteten Prinzips, daß es einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Erklärung über den Gebrauch einer Rechtswohlthat von Seiten des Benefiziars bedarf. Der Beklagte, welcher von der ihm eingeräumten Rechtswohlthat, den Kläger auf die Vorausklagung eines Andern verweisen zu dürfen, Gebrauch machen will, muß

daher hierüber sich unzweideutig erklären, und zwar kraft eines unzweifelhaften exceptivischen Vorbringens. Denn das Recht des Gläubigers (an sich) ist in seiner Entstehung durch die mangelnde Vorausklage des Hauptschuldners keineswegs gehindert, sondern es ist vielmehr durch die mehr gedachte Rechtswohlthat dem Bürgen die juristische Möglichkeit verstattet, der Wirksamkeit des bereits vollkommen bestehenden Rechts des Gläubiger hemmend in den Weg zu treten. Es handelt sich also hier von einem rechtshindernden Momente in dem Sinne, wie es zur Begründung einer wahren, eigentlichen Einrede (in Gemäßheit der oben §§. 2 und 4 des I. Abschnitts gegebenen Ausführungen) erfordert wird. — Gerade hierin liegt auch ein wesentlicher Unterschied der Bürgschaft von dem Creditauftrage, dem s. g. mandatum qualificatum. Denn während bei dem letzteren Rechtsgeschäfte, in Gemäßheit des eigenthümlichen hiebei eintretenden Mechanismus, der Mandator ipso jure nur für den Schaden des Mandatars zu haften hat, Letzterer also nicht eher seine Klage gegen den Ersteren richten kann, als bis er aus dem in dessen Auftrage mit einem Dritten abgeschlossenen Geschäfte erweislich einen Schaden erlitten [1]) (was in der Regel nur durch die erfolglose Vorausklagung des dritten Contrahenten darzuthun sein wird); ist dagegen der Bürge ipso jure für die ganze Hauptschuld tenent, und kann nur vom Gläubiger verlangen, daß er vorerst seine Befriedigung bei dem prinzipalen Schuldner suche.

Würde die erfolglose Vorausklagung des Hauptschuldners ein rechtserzeugendes Moment, eine Voraussetzung für die Entstehung des Anspruchs des Gläubigers an den Bürgen bilden, so müßte consequenter Weise der Letztere, falls er den Creditor vor

---

1) Zwar nennt Justinian in Nov. 4, C. I unter den Personen, welchen er das beneficium excussionis einräumt, auch den Mandator; allein diese Zusammenstellung ist eine wenig zutreffende und ganz ungehörige, wie dies schon aus der gleichfalls in dieser Nov. erfolgten Nennung des Constituenten hervorgeht, welchem Letzteren man unmöglich die Einrede der Vorausklage in vollem Umfange zugestehen kann. Vangerow, Leitfaden, B. III, S. 147. Mühlenbruch, Lehrbuch rc. B. II, S. 530.

Ausklagung des prinzipalen Schuldners befriedigt hätte, (gleich wie in dem Falle, wo Jemand eine bedingte Schuld vor entschiedener Bedingung zahlt)[2]) die condictio indebiti auf Rückgabe des Geleisteten anstellen können. Allein dieses Rückforderungsrecht wird man dem Bürgen nicht wohl zugestehen dürfen, da er ja eine eigne selbstständige Verbindlichkeit getilgt hat, wie es denn auch mit Bezug hierauf in L. 20 D. de condictione indebiti (12, 6) ausdrücklich heißt: „Si reus et fidejussor solverint pariter, in hac causa non differunt a duobus reis promittendi; quare omnia, quae de his dicta sunt, et ad hos transferre licebit.“ Dieses Resultat ergibt auf indirekte Weise auch die L. 35 D. eodem, wo Ulpian sagt: „Quum duo pro reo fidejussissent in decem, deinde reus tria solvisset, et postea fidejussores quina, placuit eum, qui *posterior* solvisset, repetere tria posse. Hoc merito, quia tribus a reo solutis septem sola debita supererant, quibus persolutis tria indebita soluta sunt.“ Also könnte aber unmöglich die Entscheidung lauter, falls dem Bürgen überhaupt die Befugniß zukäme, das vor dem Hauptschuldner Gezahlte zurückfordern zu dürfen. Ganz von demselben Gesichtspunkte gehen L. 21 eodem, L. 37 D. de solut. (46, 3) und andere Gesetzesstellen aus. Zwar beziehen sich alle diese gesetzlichen Aussprüche auf das vor der Nov. 4 geltende Recht, nach welchem Bürge und Hauptschuldner als correi debendi verpflichtet waren; allein tritt man dem oben entwickelten Resultate über den Umfang der durch jene Nov. bezweckten Rechtsänderung bei, so muß man für deren fortwährende Gültigkeit und heutige Anwendbarkeit sich entscheiden.

Ein unterstützendes Moment für die hier ausgeführte Behauptung in Betreff der exceptivischen Natur der Excussionsbefugniß des Bürgen läßt sich auch aus dem analogen Verhältnisse der einem Pupillen gegen die Obrigkeit zustehenden actio subsidiaria herleiten. Diese Klage beruht nämlich auf einer allgemeinen Rechtsvorschrift (jus generale), gemäß welcher die vorgängige erfolglose Ausklagung einer Reihe anderer Personen (der Vormünder, Bürgen, Pfandbesitzer ꝛc.) als eine nothwendige

2) L. 17, 18, 44 D., de cond. indeb. (12, 6).

Voraussetzung für deren Nativität erscheint. Darauf weist schon die in den Quellen selbst vorkommende Bezeichnung dieser Klage als einer „actio subsidiaria" hin,[3]) so wie auch klare Gesetzesstellen sich hiefür aussprechen, z. B. C. 1 Cod. de magistr. conven. (V, 75), wo es geradezu heißt: „Sed adversus magistratus, qui curatorem dederunt, actio utilis *ita demum competit*, si universis bonis excussis, revocatisque, quae eum in fraudem alienasse constiterit, indemnitati tuae in solidum satisfieri non potuit." Zu vergl. sind noch C. 5 Cod. eodem, L. 1 §. 9 D. de magistr. conven. (27, 8) u. a. m.

Im direkten Gegensatze hiezu findet sich dagegen über das Verhältniß des Vormunds zu dem Bürgen noch in der C. 1 Cod. de fidejuss. tut. (V, 57) die ausdrückliche Bestimmung: „*Eligere* debes, utrum cum ipsis tutoribus vel curatoribus seu heredibus eorum, an cum his, qui pro ipsis se obligaverunt, agere debeas, vel, si ita malis, dividere actionem. Nam in solidum *et* cum reo, *et* cum fidejussoribus agi jure non potest." Dieses Wahlrecht des Pupillen wurde erst durch die Nov. 4, C. 1 et 2 aufgehoben; und es erscheint demzufolge die mittelst dieses Gesetzes dem Bürgen gegen die bis dahin geltenden rechtlichen Bestimmungen eröffnete Möglichkeit, die Vorausklagung eines Andern fordern zu können, in einem ganz andern Lichte, als die der erwähnten subsidiären Klage gegen die Obrigkeit gleich ursprünglich in ähnlicher Richtung (vorgängige erfolglose Belangung anderer Personen nämlich) gesteckte Gränze.

Ganz vornehmlich zu Gunsten der hier in Schutz genommenen Auffassung spricht ferner die allgemeinrechtliche Rücksicht, daß nach der entgegengesetzten Annahme dem geschichtlichen Fundamente der Bürgschaftsklage eine festbestimmte, unwandelbare Gestalt nicht zu geben ist, sondern diese nach den concreten Umständen in ganz verschiedener Weise gebildet werden muß. Ist nämlich der Hauptschuldner notorisch zahlungsunfähig oder abwesend, oder ist auf die Excussionsbefugniß zum Voraus verzichtet, so erscheinen nach der letzteren Auffassung eben diese

---

3) L. 1, §. 4 D., de magistr. conven. (27, 8).

Umstände,[4]) also nicht mehr die erfolglose Vorausklagung des Hauptschuldners, als ein Theil des geschichtlichen Klagegrundes, während diese factischen Verhältnisse, der hier vertheidigten Ansicht zufolge, als Gegenstand der Replik zu betrachten sind, wodurch der Klagegrund keineswegs alterirt wird. Es widerspricht nun aber vollständig dem Wesen des historischen Klagegrundes, daß derselbe je nach den individuellen Umständen eine verschiedene Gestalt annehme, und gleichsam eine Metamorphose erleide, sondern es muß derselbe stets innerhalb der ihm ein für alle Male gesetzlich vorgesteckten Gränzen eingeschlossen bleiben. Denn nicht der wirkliche concrete Vorfall kann über die zur Begründung der Klage erforderlichen Momente entscheiden,[5]) sondern das Gesetz bestimmt für alle Fälle die wesentlichen und nothwendigen Requisite zu jener Begründung, und es kann sich daher in concreto nur davon handeln, ob diese Erfordernisse auch wirklich vorhanden sind? — „Wem der Beweis eines Rechts obliegt," sagt Burchardi[6]) ganz richtig, „der hat nicht darzuthun, daß dies Recht wirklich vor-

---

4) Schmidt, a. a. O., S. 97, Note 116, sagt ausdrücklich: „Hat der Bürge auf das beneficium excussionis im Voraus verzichtet, so gehört, wie sich von selbst versteht, dieser Verzicht auf den Eintritt der Bedingung statt dieser selbst zum Klagegrunde. Dasselbe gilt von jedem anderen Falle, in welchem es der vorgängigen, gänzlich oder theilweise erfolglosen Ausklagung des Gläubigers ausnahmsweise nicht bedarf, z. B. wenn der Hauptschuldner in Concurs verfallen ist.

5) Schmidt, a.a.O., S. 44. Linde, Abhandlungen aus dem deutschen Civilprozeß, B. I, Nro. 3, S. 119 u. ff. — Abweichender Ansicht ist Brackenhoeft, Erörterungen rc., S. 411 und 440—444; allein seine Begründung ist mit den anerkannten allgemeinen Grundsätzen über den Beweis nicht wohl in Einklang zu bringen. Vergl. auch Bayer, Vorträge rc., S. 299. Bethmann-Hollweg, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses, S. 354 u. 355.

6) Im Archiv für civilistische Praxis, B. XVIII., S. 208 u. ff. Burchardi unterscheidet hier zwischen materiellem und formellem Klagefundamente, und versteht unter ersterem die wirkliche Existenz, unter letzterem die äußere Begründung eines Rechts. Das materielle Klagefundament in diesem Sinne kömmt im Prozesse nicht in Betracht, da es sich in diesem nicht von der wirklichen, sondern nur von der nach Prozeßnormen zur Gewißheit gebrachten, Existenz eines Rechts handelt. Brackenhoeft, Erörterungen rc., S. 411, Note 35.

handen sei, sondern er hat nur Thatsachen zu erweisen, welche, den Gesetzen zufolge, regelmäßig die Wirkung haben, das behauptete Recht zu erzeugen. Wer freilich sein Recht aus Thatsachen ableitet, die nur ausnahmsweise dies Recht gewähren können, [7]) der muß außer dem Beweise jener Facta auch noch den führen, daß einer der besonderen Fälle vorliege, in welchen das prätendirte Recht daraus hervorgeht, wiewohl es selbst hier genügt, erst in der Replik die statt findende Ausnahme anzugeben. Aber wer sich auf Thatsachen stützt, deren ordentliche, regelmäßige Wirkung die Hervorbringung des daraus hergeleiteten Rechts ist, für den reicht es hin, blos diese Thatsachen zu beweisen, obgleich es dabei sehr wohl möglich ist, daß das darauf gebaute Recht gar nicht existirt, also der Klagegrund durch jenen Beweis nur formell hergestellt wird, während er materiell durchaus fehlt."

Wollte man die Requisite des Klagegrundes immer nach dem einzelnen Vorfalle bestimmen, so könnte der Richter wohl kaum je in den Fall gesetzt sein, eine Klage, welche nur keinen innern Widerspruch in sich enthält, „angebrachter Maßen" abzuweisen, da er ja von dem wirklichen, speziellen Vorgange gar keine Kenntniß besitzt, während er dagegen, der entgegenstehenden Annahme gemäß, die Klage nur mit den gesetzlichen Bestimmungen zusammenzuhalten, und danach zu entscheiden hat, ob die durch dieselben vorgeschriebenen wesentlichen Erfordernisse zur Begründung des beanspruchten Rechts auch wirklich angeführt sind?

Welches nun aber die zur Begründung einer Klage erforderlichen wesentlichen Momente seien? dies ist den Bestimmungen des Civilrechts zu entnehmen, und die Unterscheidung Schmidt's zwischen objektiver und subjektiver Klage in der Bedeutung, daß nur für die letztere das Civilrecht, für die erstere dagegen das Prozeßrecht, welches sich mit weniger Erfordernissen begnüge, die Normen an die Hand geben soll, (vergl. oben §. 4 dieses

---

7) Als Beispiele einer solchen Ausnahme führt Burchardi die Klagen aus der Interzession eines Frauenzimmers und dem Gelddarlehn eines Haussohns an, in welchen Fällen der Kläger außer der Interzession und dem Darlehn auch noch eine ihm zur Seite stehende Ausnahme von den SCtis Vellejanum und Macedonianum darthun müsse.

Abschnitts) entbehrt allen Grundes. Diese Unterscheidung beruht nämlich, wie Brackenhoeft [8]) treffend nachgewiesen hat, auf einer Verwechslung der Richtigkeit des Anbringens mit der des Angebrachten. Denn nur das Anbringen wird durch das Prozeßrecht normirt, nicht aber das Angebrachte, und in die Sphäre des Letzteren gehört die Begründung der Klage.

Eben so unhaltbar ist die hiemit zusammenhängende Unterscheidung Schmidt's zwischen inneren und äußeren Requisiten, wovon nur die letzteren, nach seiner Behauptung, zur Begründung der Klage gehören sollen. Denn einerseits ist gar kein sicheres Criterium dafür gegeben, was man zu der einen oder andern Classe von Requisiten zu zählen hat, da Schmidt selbst z. B. den consensus zu den äußeren Erfordernissen rechnet, obwohl derselbe an sich niemals äußerlich erkennbar ist. Andrerseits ist aber auch die ganze Unterscheidung eine völlig zwecklose, da das Prozeßrecht, wie so eben angeführt worden, über die Erfordernisse zum Klagegrunde keineswegs den Ausschlag gibt, durch das Civilrecht dahingegen, nach Schmidt's eigner Behauptung, in allen Fällen das Zusammentreffen der äußeren und inneren Momente geboten sein soll. [9])

Ein fernerer Irrthum der Theorie Schmidt's über den geschichtlichen Klagegrund liegt endlich darin, daß gemäß derselben mit jedem Rechte in der Regel auch die Befugniß zu dessen angriffsweiser Verfolgung unzertrennbar verbunden sein, und folgeweise die Bedingungen für die Entstehung des ersteren zugleich auch die Voraussetzungen für die letztere bilden sollen. (Zu vergl. oben Note 3 zu §. 4 dieses Abschnitts.)

Denn das Recht an sich ist schlechterdings von seiner gerichtlichen Verfolgung, insbesondere der angriffsweisen, zu scheiden, da die letztere erst dann in's Leben tritt, wenn eine (wirkliche oder vermeintliche) Verletzung des Rechts vorgekommen. Die Bedingungen für die Entstehung eines Rechts sind

---

8) Erörterungen zu den allgemeinen Materien von Linde's Lehrbuch, S. 443 u. 444, Note 63.

9) Brackenhoeft, Erörterungen ꝛc., S. 442.

von den Voraussetzungen zu dessen klageweiser Geltendmachung gänzlich unabhängig, welche letztere vielmehr durch besondere gesetzliche Bestimmungen normirt werden.

Zwar ist es richtig, daß in der Regel jedes Recht durch Klage geltend gemacht werden kann; allein es gibt auch Ausnahmen, z. B. die Fälle der naturalis obligatio, und gleichwohl wird Niemand zweifeln, daß auch in diesen exceptionellen Fällen ein vollkommenes Recht vorhanden sei.

Die Behauptung, daß ein Recht nicht klagbar verfolgt werden könne, ist daher keineswegs Sache der negativen Einlassung, wie Schmidt consequenter Weise behaupten müßte, sondern vielmehr eine s. g. rechtliche Gegendeduction, worüber die richterliche Reflexion zu entscheiden hat. Die zum Klagegrunde gehörigen Momente richten sich demzufolge nach dem klagbaren (d. h. durch die Klage zu verfolgenden) Rechte, [10]) keineswegs nach dem Klagerechte in dem Sinne, wie dasselbe von Schmidt (als jus persequendi in judicio, quod sibi debetur) aufgefaßt wird. Was für Momente aber zur Erzeugung des klagbaren Rechts gehören? darüber haben die Civilgesetze zu entscheiden, welche die wesentlichen und nothwendigen Merkmale (essentialia) bestimmen, die jede rechtliche Befugniß zu ihrer vollständigen Existenz bedarf.

Wendet man die bisher gegebenen allgemeinen Erörterungen auf die in Frage stehende Excussionseinwendung an, so ergibt sich folgendes Resultat. Sobald der Bürgschaftsvertrag perfect geworden ist, hat auch das Forderungsrecht des Gläubigers gegen den Bürgen seine vollständige Existenz erlangt, und folgeweise sind damit auch alle zu dem geschichtlichen Grunde der Bürgschaftsklage gehörigen Momente gegeben. Will nun der Bürge, welcher mit einer in dieser Weise begründeten Klage in Anspruch genommen wird, die vorgängige Ausklagung des Hauptschuldners bewirken, so muß er auf das s. g. beneficium excussionis im Wege der Einrede sich ausdrücklich berufen. Je nachdem nun die ver-

---

10) Albrecht, die Exceptionen rc., S. 192 u. ff. Reinhardt, Handbuch des gemeinen Prozesses, B. I, §. 104, S. 193 u. ff.

langte Ausklagung bereits erfolgt, oder der Hauptschuldner abwesend, oder notorisch insolvent, oder aber endlich auf die Rechtswohlthat der Vorausklage vom Beklagten verzichtet worden ist: hat der Kläger einen oder den andern dieser Umstände als Replik vorzubringen, um damit die vorgeschützte Einrede zu elidiren. Niemals aber braucht ein derartiger Umstand schon in der Klage angeführt zu werden, und wenn dies gleichwohl geschieht, so ist ein solches Vorbringen als eine anticipirte Beseitigung einer zu erwartenden Einrede (als eine anticipirte Replik) rechtlich zu betrachten.

Eine vollkommene Analogie bietet hiefür die Einrede des nicht erfüllten Vertrags dar. Denn auch hier genügt es zur Begründung der Klage, die Perfectionirung des Contrakts anzuführen, und erst Gegenstand der Replik ist die, der Einrede der noch nicht geschehenen Erfüllung entgegengesetzte, Behauptung der erfolgten Leistung [11] (replica solutionis). Hier wie dort kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der Kläger, welcher auf Vorschützung der gedachten Einreden nicht die geschehene vorgängige Erfüllung, beziehungsweise Vorausklagung, nachweist, niemals obsiegen kann; allein ein Anderes ist es, ob diese Umstände nothwendige Voraussetzungen für die Begründung der jeweiligen Klage, ein Anderes, ob sie das Objekt einer vom Beklagten besonders und ausdrücklich vorzubringenden Einrede sind? [12]) Daß aber in beiden Fällen das Letztere anzunehmen, dies geht aus dem Umstande hervor, daß das Recht des Gläubigers bereits vor erfolgter Erfüllung beziehungsweise Ausklagung zur vollkommenen Existenz gediehen, (folgeweise die actio nata) und nur die

---

11) Heerwart, im Archiv für civilistische Praxis, B. VII, S. 350. Vangerow, Leitfaden 2c., B. III, S. 286.

12) Mit Recht sagt demgemäß Brackenhoeft in Linde's Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, B. XI, S. 246: „Eine begründete Klage und eine Klage, welche zur Verurtheilung führen muß, sind zwei sehr verschiedene Dinge. Sie sind, auch abgesehen von der Frage über den Beweis, von einander eben so verschieden, als die Möglichkeit von der Gewißheit. Der Unterschied zwischen einer begründeten und unbegründeten Klage dahingegen, ist dem zwischen Möglichkeit und Unmöglichkeit gleich."

Wirksamkeit derselben behindert ist, falls der Verpflichtete die vorgängige Erfüllung jener Obliegenheiten von Seiten seines Gegners verlangt.

§. 7.

d. Nähere Bestimmung des exceptivischen Charakters der Excussionseinwendung, und Widerlegung abweichender Ansichten.

Nachdem durch die bisherigen Ausführungen das Resultat gewonnen worden, daß die s. g. Rechtswohlthat der Vorausklage eine wahre, vollkommene Einrede im Sinne des heutigen Prozeßrechts sei, soll nun im Folgenden die innere Beschaffenheit dieser Einrede näher geprüft, und das spezifische Wesen derselben ermittelt werden!

Hiebei ist vor Allem daran zu erinnern, daß die Auffassung der fraglichen Einrede als einer exceptio mixta, welche längere Zeit hindurch die herrschende war, mit der Antiquirung der ganzen Gattung von selbst als beseitigt gelten muß (vergl. §. 3 des ersten Abschnitts am Ende).

Unter den, heut zu Tage noch Geltung suchenden, verschiedenartigen Auffassungen ist nun zunächst diejenige als irrig zu bezeichnen, welche der Excussionseinwendung den Charakter einer peremtorischen Einrede vindiciren will. Albrecht,[1] welcher Hauptverfechter dieser Ansicht ist, macht hiefür folgende seltsame Argumentation geltend. „Die exceptio excussionis, divisionis und SCti Vellejani sind wahre Wiederaufhebungsgründe; denn die Gesetze verleihen diese Einredegründe in der Eigenschaft als Rechtswohlthat, mittelst deren sich der Beklagte, wenn er nur will, einseitig und ohne weitere Uebereinkunft mit dem Kläger von der Verbindlichkeit solle wieder frei machen dürfen, die er zu Anfang ohne alles äußere Hinderniß selbst eingegangen, und freiwillig als eine Rechtspflicht übernommen hat. Eben wegen des Umstandes,

---

1) Die Exceptionen des deutschen gemeinen Civilprozesses, S. 187 u. 188.

weil der Beklagte die Haftung mit eignem Willen anfangs einmal auf sich genommen, muß vermuthet werden, daß er sich darum auch noch belangen lassen wolle, und zwar so lange, bis er unter Beziehung auf die Rechtswohlthat gegenüber dem Berechtigten erklärt, daß er nun nicht mehr haften wolle, und so ein factum contrarium manifestirt. Zur Begründung dieses factum contrarium hat er aber früher keine Veranlassung, als bis er bereits gerichtlich belangt wird, nämlich erst in dem Augenblicke, wo er sich aus dem factum contrarium gegen die Klage vertheidigt. So fällt denn also bei diesen Einreden die Entstehung des Wiederaufhebungsgrundes mit der gerichtlichen Geltendmachung desselben auf Einen Punkt zusammen, und blos dieses Coincidiren mit der wirklichen Geltendmachung ist es, was derlei Wiederaufhebungsgründe von den vorbehandelten (den sonstigen peremtorischen Einreden nämlich) unterscheidet."

Dieses offenbar unrichtige, klaren Gesetzesbestimmungen widersprechende Raisonnement bedarf wohl kaum der Widerlegung. Denn in Nov. 4 C. I heißt es ja ausdrücklich: „*Si vero a debitore nec partem nec solidum consequi poterit, quantum ab illo accipere non potuit, pro ea parte cum fidejussore etc., experiatur et ab eo reliquum consequatur.*" Wie dessenungeachtet Albrecht die Behauptung aufstellen kann, „daß sich der Bürge mittelst der Rechtswohlthat der Vorausklage einseitig von seiner Verbindlichkeit wieder frei machen, und erklären dürfe, er wolle nun nicht mehr haften," ist völlig unbegreiflich. Wenn sich dem so verhielte, auf welchen Grund sollte dann der Gläubiger seine wiederholte Klage gegen den Bürgen stützen, falls er vom Hauptschuldner keine genügende Befriedigung erlangt, da ja der ursprüngliche Bürgschaftsvertrag in Folge der Vorschützung der Excussionseinrede aufgehoben, und der Bürge vollständig liberirt worden?! So weit geht auch die Ansicht, wonach die Vorausklage des Hauptschuldners als ein Theil des Klagegrundes erscheint, keineswegs, da nach derselben der alsbald, ohne Erfüllung dieser seiner Obliegenheit, gegen den Bürgen auftretende Kläger nur angebrachter Maßen abge-

wiesen wird,[2]) und seine Klage wieder erneuern kann, sobald er ohne zureichenden Erfolg den Hauptschuldner gerichtlich belangt hat. — Selbst für den Fall ferner, daß der Gläubiger, welcher auf den Hauptschuldner vom Bürgen verwiesen worden, durch diesen vollständig befriedigt würde, kann die Auffassung Albrecht's nicht als richtig prädizirt werden. Denn auch in diesem Falle ist es nicht die exceptio excussionis, welche die Befreiung des Bürgen bewirkt, sondern vielmehr ein fremdartiges, außerhalb ihrer Sphäre liegendes, Ereigniß, nämlich die Zahlung, und es tritt somit an die Stelle der Excussionseinrede, welche hierdurch keineswegs zur peremtoria geworden, die exceptio solutionis.[3])

Es kann demzufolge keinem gegründeten Zweifel unterliegen, daß die Einrede der Vorausklage den Charakter einer dilatorischen Exception an sich trage, insoferne dieselbe an sich nicht die definitive, sondern vielmehr nur die temporäre Befreiung des Beklagten von dem Rechtsanspruche des Klägers bezweckt, beziehungsweise bewirkt. Welches aber die nähere, innere Beschaffenheit dieser dilatorischen Einrede, ob sie nämlich eine s. g. Prozeßeinwendung, oder aber eine die merita causae berührende, wirkliche Einrede sei (vergl. oben §. 3 des I. Abschnitts)? diese Frage könnte einigermaßen zweifelhaft erscheinen. In den meisten Lehrbüchern des Prozesses, welchen die genauere Unterscheidung dieser beiden, von einander völlig verschiedenen, Classen von Einwendungen fremd geblieben ist, z. B. bei Linde, Heffter, Gensler an den oben §. 1 des II. Abschnitts dieser Abhandlung citirten Stellen, findet sich die exceptio excussionis als eine die Ordnung des gerichtlichen Verfahrens betreffende Einrede, als eine exceptio dilatoria im gewöhnlichen Sinne aufgefaßt. Wirklich könnte man auch dieser Auffassung das Wort reden, und das Sachverhältniß in der Weise darstellen, als bezweckte der Bürge, welcher sich der Excussionseinrede bediente, nichts, als seine Befreiung von der Streiteinlassung,

---

2) Schmidt, die gemischten Einreden, S. 101.
3) Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien, B. II, S. 170.

und die Herstellung der gehörigen Ordnung im gerichtlichen Verfahren, indem sein Verlangen dahin gerichtet sei, daß der Kläger zuvor einen Andern, und dann erst, der Reihefolge gemäß, ihn belange. Allein die eigentliche Bedeutung und der wahre Endzweck der Excussionseinrede besteht, wie Gesterding[4]) überzeugend dargethan hat, keineswegs in der Herstellung der Ordnung im gerichtlichen Verfahren, sondern vielmehr in der Durchsetzung der Ordnung rücksichtlich der Nöthigung zum Zahlen. Es soll also vermittelst derselben nicht blos der Klage, sondern auch der Pflicht zur Leistung entgegengetreten, und Kläger genöthigt werden, seine Befriedigung bei einem Andern zu suchen. Nicht sowohl Aufschub des Prozesses ist der unmittelbare Zweck der fraglichen Einrede, als vielmehr Verzögerung der Leistung,[5]) wie dies analoger Weise bei der exceptio retentionis und der (als Unterart derselben aufzufassenden) exceptio nondum ad impleti contractus sich ganz eben so verhält.[6])

Die Einrede der Vorausklage ist demzufolge als eine dilatorische oder zeitliche Einrede im strikten (oben §. 3 des I. Abschnitts dieser Abhandlung entwickelten) Sinne zu betrachten, insoferne sie auf die Materie des klägerischen Rechtsanspruchs, die s. g. merita causae, sich bezieht, keinesfalls blos die Art und Weise der Prozeßführung im Auge hat.

Von manchen Schriftstellern[7]) wird die Einrede der Vorausklage als eine exceptio juris aufgefaßt, insoferne sie unmittelbar aus dem Gesetze selbst entspringe, und nicht erst, wie die

---

4) a. a. O., S. 171–175.

5) Schmidt, Lehrbuch von den gerichtlichen Klagen und Einreden, §. 123, S. 119. — Auch Reinhardt in seinem Handbuch des deutschen Civilprozesses, B. I, §. 106, S. 197 scheint derselben Ansicht zu sein, indem er die exceptio excussionis als eine von ihm sogenannte objektiv-verzögerliche Einrede, als eine Unterart der exceptio nondum competentis actionis auffaßt, und sie in eine Reihe mit der exceptio spolii stellt.

6) Gesterding, a. a. O., S. 172. Heerwart, im Archiv für die civilistische Praxis, B. VII, S. 352.

7) Claproth, ordentlicher Prozeß, B. II, S. 107, Nro. 1. — Reinhardt, Handbuch rc., B. I, §. 129, S. 233.

exceptiones facti, aus thatsächlichen Verhältnissen abgeleitet werde. Allein die Annahme einer solchen Classe von gesetzlichen Einreden überhaupt ist völlig unhaltbar, da eine jede Einrede zugleich auf einem gesetzlichen und thatsächlichen Grunde (gleich wie die Klage) beruhen muß.[8]) Das factische Fundament der Einrede der Vorausklage ist das Vorhandensein eines Hauptschuldners, ein Umstand, welcher freilich in der Regel keines besonderen Beweises bedarf, da er sich schon aus der Geschichtserzählung der Klage ergibt. Wegen dieses letzteren Momentes, der alsbaldigen Liquidität ihrer thatsächlichen Grundlage nämlich, ist man aber nicht berechtigt, der exceptio excussionis überhaupt eine solche Grundlage abzusprechen, sondern man muß sie vielmehr wie eine jede andere Einrede betrachten, welche theils ein rechtliches, theils ein factisches Fundament besitzt.

Endlich ist noch als zwecklos oder unrichtig jene Ansicht zu prädiziren, welche die in Frage stehende Einrede als eine verneinende betrachtet. Versteht man nämlich unter verneinender Einrede eine solche Entgegnung, welche das Klagefactum auf den Grund der positiven Behauptung natürlicher Thatsachen läugnet, und die Beweislast auf den Kläger wälzt, wie Weber,[9]) Brackenhoeft[10]) rc.; so fällt dieselbe ganz mit der negativen Streiteinlassung zusammen, und folgeweise erscheint die Auffassung der Excussionseinwendung unter diesem Gesichtspunkte, in Gemäßheit der früheren Erörterungen, als unrichtig.

Bezeichnet man dagegen mit „verneinenden Einreden" solche Einwendungen, welche die Behauptung eines Nichtereignisses involviren, wie Sartorius,[11]) so läßt sich nicht in Abrede ziehen, daß die exceptio excussionis dieser Kategorie von

8) Bayer, Vorträge über den gemeinen Civilprozeß, S. 356 u. 357.

9) Ueber Verbindlichkeit zur Beweisführung, S. 241 u. ff.

10) Erörterungen zu Linde's Lehrbuch, S. 451. Auch Danz, Grundsätze des ordentlichen Prozesses, §. 155, und Gensler, im Commentar zu Martin's Civilprozeß, S. 158 statuiren verneinende Einreden in diesem Sinne. Vergl. oben §. 2 des I. Abschnitts, Note 17.

11) In Linde's Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, B. XIII, S. 416 bis 433.

Einwendungen zuzuzählen ist. Denn wenn man gleich den Ausdruck derselben dahin bestimmen kann, daß Beklagter dem Gegner erwiedert: „Du mußt vorher einen Andern ausklagen;" so liegt darin doch eigentlich als Hauptmoment die Behauptung, Kläger sei dieser seiner Pflicht noch nicht nachgekommen, habe den Andern noch nicht ausgeklagt. — Allein die Annahme einer eignen Classe von negativen Einreden in diesem Sinne bietet gar kein praktisches Interesse dar, da die Beweispflicht des Beklagten, so wie überhaupt alle sonstigen, in Betreff der Einreden geltenden rechtlichen Grundsätze bei denselben festgehalten werden, mithin kein genügendes Motiv vorliegt, sie von den affirmativen Exceptionen zu unterscheiden.[12]) Folgeweise erscheint auch die Auffassung der Einrede der Vorausklage als einer verneinenden Exception in der letzterwähnten Bedeutung als zwecklos.

Aus den vorangegangenen Ausführungen wird zur Genüge erhellen, daß die gesetzliche Excussionsbefugniß den Stoff zu einer wahren, eigentlichen und zwar zu einer dilatorischen Einrede im strikten Sinne des Wortes (zeitlichen Einrede) enthält. Wenn Schmidt[13]) gleichwohl behauptet, daß sich die Praxis der Gerichte für die entgegenstehende Auffassung des s. g. beneficium excussionis als einer negativen Streiteinlassung entschieden habe: so läßt sich einerseits an der Richtigkeit dieser Behauptung mit Grund zweifeln, da die größte Zahl der Prozessualisten von jeher[14]) die fragliche Einwendung als eine exceptio aufgefaßt haben, welche Uebereinstimmung unter den Ansichten der Rechtslehrer nothwendiger Weise einen wirksamen Einfluß auf die Praxis geübt haben muß. Andrerseits würde aber auch das Entgegenstehen der Gerichtspraxis, falls es in Wirklichkeit begründet

12) Bayer, Vorträge ꝛc., S. 358.

13) a. a. O., S. 100. — Das unter anderen Gründen von Schmidt hier angeführte Moment für die behauptete Praxis, welches darin liegen soll, daß dem Kläger der Beweis der fruchtlosen Ausklagung des Hauptschuldners auferlegt wird, beweist nichts, da Kläger diesen Umstand als Replik anzuführen und zu erhärten hat. Vergl. §. 2 dieses Abschnitts.

14) Zu vergl. §. 1 dieses und §. 3 des vorigen Abschnitts.

sein sollte, die hier entwickelte, auf sorgfältige Erforschung des Geistes der bestehenden gesetzlichen Normen gestützte, Ansicht über das wahre Wesen und die eigenthümliche Natur der Excussionseinwendung nicht zu alteriren vermögen. Im Gegentheile würde sich in solchem Falle mit Fug und Recht die Erwartung hegen lassen, daß auch die Praxis zu der früher und jetzt in der Doctrin herrschenden, auf die richtige Einsicht in die Natur der hiebei zur Sprache kommenden rechtlichen Verhältnisse gebauten, Auffassung wieder zurückkehren werde!

§. 8.

II. Von der auf spezieller Convention beruhenden Einwendung der Vorausklage.

Die Befugniß, den Kläger auf die Vorausklagung eines Andern verweisen zu dürfen, kann auch im Wege besonderen Vertrags erzeugt werden, indem die Contrahenten sich dahin einigen, daß der Gläubiger die Verpflichteten nach einer bestimmten Reihefolge um seine Befriedigung angehe. Es wird hierdurch ein eigner ordo conventionis geschaffen, und der Gläubiger, welcher die festgesetzte Reihefolge nicht einhält, und sich beigehen läßt, unter Ueberspringung des Vorgängers alsbald den Nachmann zu belangen, kann auf seine vertragsmäßige Verpflichtung und die Vorausklagung des Ersteren verwiesen werden. Dieses Verhältniß kömmt insbesondere bei mehreren Bürgen häufig vor, indem sich einer als Vorbürge, der Andere als Nachbürge verbindlich macht. Es fragt sich nun: Ist die dem Beklagten auf den Grund eines solchen speziellen Vertrags rechtlich zustehende Einwendung der Vorausklage eine negative Streiteinlassung, oder aber eine wahre Einrede, m. a. W. bildet die, der besondern Convention entsprechende, vorgängige Ausklagung der betreffenden Personen einen Theil des geschichtlichen Klagegrundes, oder aber nicht?[1])

---

1) Die Praxis der württembergischen Gerichte scheint sich der

Es kann wohl keinem Bedenken unterliegen, daß eine derartige vertragsmäßige Bestimmung über die Verpflichtung des Gläubigers, vorher bei einem Andern seine Befriedigung zu suchen, als eine dem Contrakte beigefügte Suspensivbedingung anzusehen ist. Denn der Sinn einer solchen Uebereinkunft kann doch wohl kein anderer sein, als daß der Nachmann verspricht, dem Creditor dann die vertragsmäßige Leistung zu machen, wenn und insoweit er seine Befriedigung von dem Vormanne nicht zu erlangen vermöge. Ob nun aber die einem Rechtsgeschäfte beigefügte Suspensivbedingung den Stoff zu einem Widerspruche des geschichtlichen Klagegrundes, oder zu einer eigentlichen Einrede in sich enthalte? dies ist eine in der neueren Prozeßtheorie höchst bestrittene Frage, von deren Lösung auch die Entscheidung des oben aufgeworfenen Bedenkens über die Natur der vertragsmäßigen Einwendung der Vorausklage abhängt.

Diejenigen Schriftsteller, [2]) welche behaupten, daß die einem Rechtsgeschäfte ursprünglich [3]) beigefügte Suspensivbedingung einen Widerspruch des geschichtlichen Klagegrundes involvire, stützen sich im Wesentlichen auf folgendes Raisonnement: „Wer aus einem

---

Ansicht zuzuneigen, welche die fragliche vertragsmäßige Einwendung der Vorausklage als eine negative Streiteinlassung auffaßt. Dem Verfasser gegenwärtiger Abhandlung ist ein spezieller Vorgang bekannt, bei welchem das K. Obertribunal in Stuttgart dieser Auffassung beigepflichtet hat.

2) Hasse, im Rheinischen Museum für Jurisprudenz, Jahrgang III, Heft I, S. 137 u. ff. Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen ꝛc., Th. II, S. 139 u. ff., insbesondere S. 147. Derselbe handelt die beregte Streitfrage bei dem s. g. qualifizirten Geständnisse ab. Allein die im Texte gewählte Fassung des hier obschwebenden Zweifels ist jedenfalls die allgemeinere, auf die man am Ende immer rekurriren muß. — Weber, über die Verbindlichkeit zur Beweisführung, VI, §. 43. Gönner, Handbuch ꝛc., B. II, Nro. 43, §. 21, S. 398 u. ff. Schenk, im Archiv für die civilistische Praxis, B. XVII, Abh. 4, §. 3, S. 100. Linde, Abhandlung aus dem deutschen gemeinen Civilprozeß, B. I, Nro. 3, §. 13, S. 113 u. ff. Albrecht, die Exceptionen ꝛc., §. 38, S. 202. Knappe, Versuch ꝛc., S. 107. Brackenhoeft, Erörterungen ꝛc., S. 440—444.

3) Ueber die ex post beigefügte Bedingung, wobei die Frage zur Sprache kommt, inwieferne darin eine Novation gefunden werden kann, ist zu vergl. Schmidt, die gemischten Einreden, §. 5, S. 80 u. ff.

bestimmten Geschäfte klage, der lege ohne Zweifel seiner Klage die Behauptung zum Grunde, daß das Geschäft schon gegenwärtig abgeschlossen, daß es ein negotium perfectum sei. Dies Letztere sei aber gerade dann nicht der Fall, wenn unter einer Suspensivbedingung contrahirt worden, und über die Erfüllung noch nicht, oder über die Nichterfüllung schon entschieden sei. Wenn daher der Beklagte behaupte, das bestimmte Geschäft, woraus Klage erhoben werde, sei nur unter einer Suspensivbedingung eingegangen worden, so negire er damit, juristisch angesehen, den ganzen Klagegrund, wenn er auch dabei eine einzelne Thatsache eingestehe, die für sich nichts releviren könne, nämlich, daß unter ihnen etwas vorgefallen sei, wobei es auf ein solches Geschäft abgesehen gewesen; sonst müßte in dem Eingeständnisse von Traktaten eine theilweise affirmative Litiscontestation liegen. Der Beklagte läugne hier die definitive Abschließung des Geschäfts (nur eine eventuelle gebe er zu); ohne diese sei aber kein Klagegrund vorhanden, folglich müsse der Kläger diesen, d. h. die definitive, reine, unbedingte Abschließung beweisen, nicht etwa der Beklagte die bedingte, eventuelle. Gewiß sei, daß es zum Wesen eines Geschäfts, zu seiner gegenwärtigen Existenz und Klagbarkeit gehöre, daß es ohne Bedingung geschlossen worden, oder daß die beigefügte Bedingung schon eingetreten sei; denn sonst sei das Geschäft in seinem Wesen noch gar nicht vorhanden, sondern nur rechtlich möglich, und hieraus könne kein Recht und keine Klage, wie aus dem Geschäfte selbst, zustehen." [4]) — Gegen diese Argumentation ist nun von Schmidt, [5]) welcher die entgegenstehende Ansicht vertheidigt, eingewendet worden: „daß ein Recht doch wohl nur dann als nicht vorhanden angenommen werden könne, wenn das Rechtsgeschäft, aus dem es hergeleitet werde, unter einer Suspensivbedingung eingegangen sei, und diese entweder noch schwebe, oder ihr Nichteintritt entschieden sei, so daß also das Vorhandensein einer Suspensivbedingung an sich und ohne

4) Hasse, im Rhein. Museum, l. c., S. 137—139.
5) a. a. O., §. 4, S. 61 u. ff.

Rücksicht auf deren Eintreten, noch keineswegs die Annahme der Existenz eines Rechts ausschließe, und deßhalb auch in der Behauptung, daß eine solche Bedingung vorhanden sei, allein, durchaus nicht ein Läugnen des Klagegrundes gefunden werden könne."

Allein dieser Einwand ist keineswegs zutreffend. Denn der Beklagte, welcher dies Vorhandensein einer Bedingung behauptet, spricht eben damit, wenn seine Behauptung nur irgendwie einen vernünftigen Sinn haben soll, von selbst aus, daß dieselbe noch schwebe (falls er nicht etwa gar auf deren bereits entschiedenen Nichteintritt sich stützen will, was er übrigens ausdrücklich thun muß). Wollte man nämlich das Gegentheil annehmen, so würde ein solches Vorbringen des Beklagten rechtlich völlig irrelevant sein, und ein einfaches Zugeständniß des Klagegrundes, eine rein affirmative Litiscontestation, durchaus aber keine Einrede vorliegen.[6])

Daß sich dem so verhalte, muß Schmidt selbst gefühlt haben, wie daraus hervorgeht, daß er bei Gelegenheit der Frage über die Beweispflicht, nachdem er, richtiger Weise, von dem Beklagten den Beweis der geschehenen Beifügung der Suspensivbedingung verlangt, wörtlich Folgendes äußert:[7]) „Führt er (der Beklagte) diesen Beweis, so wird, weil sich die Veränderung eines Zustandes überhaupt und eine Thatsache, wie der Eintritt der Bedingung ist, insbesondere, nicht präsumiren läßt, die Bedingung so lange als schwebend, und daher das in Frage befangene Recht so lange als noch nicht entstanden betrachtet, bis der Eintritt derselben bewiesen ist. Diesen Beweis hat aber wiederum der Kläger zu führen."

Beweist nun aber der Beklagte diesemnach das Schweben

---

6) Wirklich behauptet Schmidt, a. a. O., es müsse in einem solchen Falle, wo der Beklagte nicht ausdrücklich auf den schwebenden Zustand der beigefügten Bedingung sich berufe, der Klagegrund für eingeräumt erachtet werden; allein er geräth in dieser Rücksicht mit sich selbst in Widerspruch, indem er bald darauf S. 63, das Berufen auf das Vorhandensein einer Bedingung schlechtweg als eine „Einrede" bezeichnet.

7) Schmidt, a. a. O., S. 63.

der beigefügten Bedingung, so muß dasselbe offenbar auch in seiner Behauptung liegen, da er ja sonst dem Richter die Ueberzeugung einer Thatsache verschaffen würde, welche er gar nicht für sich angeführt, und der Grundsatz angewendet werden müßte: „Wer zu viel beweist, der beweist gar nichts."

Zur Widerlegung der Begründungsweise der Ansicht, welche die Behauptung einer beigefügten Suspensivbedingung als einen Widerspruch des geschichtlichen Klagegrundes betrachtet, muß man vielmehr von folgenden einfachen Grundsätzen ausgehen:

Zuzugeben ist, daß während schwebender Bedingung noch gar kein Recht des Gläubigers existirt, und folgeweise dasselbe auch nicht klagbar verfolgt werden könne.[8]) Allein gleichwohl ergibt sich die Frage: ob die dem Gläubiger, welcher nichts desto weniger Klage erhebt, gemachte Entgegnung, sein Recht sei wegen der beigefügten und noch schwebenden Bedingung nicht existent geworden, das Abredigsein eines zum Klagegrunde gehörigen, wesentlichen Momentes, oder die Behauptung eines selbstständigen, rechtshindernden Thatumstandes in sich enthalte?

Bei näherer Würdigung dieser Frage muß man wieder auf das, bereits früher (vergl. den vorhergehenden §. 7) erwähnte, Prinzip zurückgehen, daß sich der Klagegrund nicht nach dem einzelnen, wirklichen Vorfalle, sondern vielmehr nach allgemeinen, gesetzlichen Normen zu richten hat.

Der Kläger hat also keineswegs diejenigen natürlichen Thatsachen anzuführen, beziehungsweise zu beweisen, welche im concreten Falle zur Hervorbringung seines Rechtsanspruchs erfordert werden, sondern vielmehr nur diejenigen, welche nach dessen allgemeinem, rechtlichem Begriffe zu seiner Begründung nothwendig sind.[9]) Ganz ungehörig ist es daher, erst

---

8) L. 13, §. 5 de pignor. (20, 1). „Si sub conditione debiti nomine obligata sit hypotheca, dicendum est, ante conditionem *non recte agi*, *quum nihil interim debeatur*." Sogar die condicto indebiti kann auf Rückzahlung des während schwebender Bedingung Geleisteten angestellt werden. L. 17, 18, 44, 56 de cond. indeb. (12, 6).

9) Bethmann-Hollweg, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses, S. 355. Derselbe vertheidigt die im Texte ausgeführte

den Behauptungen des Gegentheils die zum Klagegrunde erforderlichen Momente zu entnehmen, und nach dessen zufälligem Vorbringen jenen umzugestalten.

Wendet man diese allgemein rechtlichen Maximen auf die obschwebende Frage an, so stellt sich hierfür folgendes Resultat heraus. Wer aus einem Vertrage Klage erheben will, der hat nur die zu dessen Zustandekommen gesetzlich vorgeschriebenen wesentlichen Erfordernisse (die essentialia) anzuführen, z. B. beim Kaufe res, pretium und consensus. — Behauptet nun der Beklagte, daß dem Vertrage eine Suspensivbedingung beigefügt worden, so stützt er sich damit auf ein rein zufälliges, willkürliches Ereigniß, wodurch die Entstehung des vom Kläger beanspruchten Rechts gehindert wurde. Das Vorhandensein der wesentlichen, gesetzlichen Voraussetzungen dieses Rechts gibt er also zu, behauptet aber, daß dieselben durch besondere Beliebung vermehrt worden seien. Er beruft sich also in dieser Weise auf eine selbstständige, rechtshindernde Thatsache, welche, in Gemäßheit des oben (§. 2 des I. Abschnitts dieser Abhandlung) Ausgeführten als eine wahre Einrede zu bezeichnen ist. — Der Hauptirrthum der gegnerischen Theorie liegt demzufolge darin, daß danach zwischen den verschiedenen der Entstehung eines Rechts entgegentretenden Hinderungsgründen kein Unterschied gemacht, und die gesetzlichen Voraussetzungen mit den gewillkürten ganz identisch behandelt werden. Der von der Gegenseite gemachte Einwand (vergl. oben Note 4 dieses Paragraphen), daß nach der hier verfochtenen Ansicht auch in dem Eingeständnisse von Traktaten eine theilweise affirmative Litiscontestation gefunden werden müßte, ist nicht zu fürchten, da das geradezu zugegeben werden kann. Räumt nämlich der Beklagte ein, daß Traktate vor sich gegangen, so hat Kläger weiter nichts zu beweisen, als daß diese Unterhandlungen zur Perfektion des Vertrages geführt haben.

Ansicht, stützt sie aber auf seine, bereits oben (§. 2 des I. Abschnitts, Note 3) als irrig bezeichnete, Grundanschauung über das Wesen der Einrede als einer Ausnahme von der Regel.

Auffallend ist, daß von den Gegnern [10]) die Einwendung der mangelnden Dispositionsfähigkeit (und andere Einwendungen ähnlicher Art) als eine wahre Einrede betrachtet wird. Und dennoch kann nicht wohl bezweifelt werden, daß bei wirklichem Vorhandensein einer derartigen Unfähigkeit für den Kläger gar kein Recht existent geworden, mithin zwischen einem solchen Falle und dem einer beigefügten Suspensivbedingung die vollkommenste Analogie stattfindet.

Das rechtliche Verhältniß der Parthieen in Bezug auf ein bedingtes Geschäft stellt sich nun nach der hier vertretenen Auffassung in folgender Weise heraus. Behauptet der Beklagte, daß das fragliche Geschäft von einer Suspensivbedingung abhängig gemacht worden, so muß er deren Beifügung erweisen. Hierauf kann Kläger die Replik vorschützen, daß die beigefügte Bedingung bereits eingetreten sei, für welche Behauptung er im Widerspruchsfalle den Beweis zu erbringen hat. [11])

Der Charakter der Einrede der beigefügten Suspensivbedingung ist ein verschiedener, je nachdem deren Schweben, oder aber der bereits entschiedene Nichteintritt derselben behauptet wird. Im ersteren Falle ist sie dilatorischer Natur, insoferne dadurch nicht die definitive, sondern nur die einstweilige Befreiung von der Klage (bis zu dem Zeitpunkte nämlich, wo die Bedingung sich entschieden hat) bezweckt wird, im letzteren Falle dagegen ist sie peremtorische Einrede, da sie die alsbaldige gänzliche Entbindung des Beklagten von dem gegenüberstehenden Anspruche des Klägers zum Ziele hat.

Die Anwendung dieser rechtlichen Ergebnisse auf die vertragsmäßige Einwendung der Vorausklage macht sich von selbst. Dieselbe ist demgemäß als eine wahre dilatorische Einrede im strikten Sinne des Wortes zu prädiziren. Behauptet daher der Kläger

---

10) Albrecht, a. a. O., S. 205 u. ff. Knappe, a. a. O., §. 45, S. 113 u. 114.

11) Auf ähnliche Weise verhält es sich, falls Kläger das Nichtvorhandensein, oder Beklagter den bereits entschiedenen Nichteintritt der beigefügten Bedingung behauptet. Stets muß die betreffende Parthie den Beweis ihrer Behauptung übernehmen.

deren Unwirksamkeit wegen irgend eines entgegenstehenden Umstandes, z. B. wegen der bereits erfolgten Vorausklagung der betreffenden Personen, so hat er denselben nicht in der Klage (als Theil der Geschichtserzählung), sondern vielmehr als Replik anzuführen und zu beweisen.

Wirft man zum Schlusse noch einen Blick auf das Verhältniß, in welchem beide Arten der Excussionseinrede zu einander stehen, so erhält man nachstehendes Resultat. Beide Arten von Einwendungen sind sich in allen Beziehungen vollständig gleich, und unterscheiden sich einzig und allein in dem Punkte der Beweisfrage. Während nämlich bei der gesetzlichen Einrede der Vorausklage ein besonderer Beweis der thatsächlichen Grundlage derselben als vollkommen überflüssig erscheint, da diese, das Vorhandensein eines Hauptschuldners nämlich, regelmäßig bereits aus der Klage ersichtlich ist; muß dagegen das factische Fundament der aus speciellem Vertrage hergeleiteten Einrede der Vorausklage durch genügenden Beweis zur rechtlichen Gewißheit erhoben werden. Ist nun aber einmal dieser Beweis erbracht, dann gehen beide Arten von Einreden denselben Weg, und sind ebenmäßig nach denselben rechtlichen Grundsätzen zu beurtheilen. Alle, sowohl in materieller, als in prozessualischer Rücksicht, über Einreden geltenden Regeln müssen auf die mehr besprochenen beiden Formen, unter welchen die Einwendung der Vorausklage zu rechtlicher Geltung gelangt, durchaus angewendet werden.

Inhalt.

Seite

Erster Abschnitt. Allgemeine Erörterungen.

§. 1. Ursprung und geschichtliche Entwicklung der Einreden 7
§. 2. Begriff der Einrede nach dem heutigen gemeinen Prozeßrechte . . 12
§. 3. Eintheilung der Einrede in peremtorische, dilatorische und gemischte 17
§. 4. Unterschied zwischen negativer Streiteinlassung und Einrede . . . 21

Zweiter Abschnitt. Von der Einrede der Vorausklage insbesondere.

§. 1. Litteratur 25
§. 2. Praktisches Interesse der Streitfrage über die Natur der exceptio excussionis 28
§. 3. Allgemeine Anhaltspunkte für die Würdigung der entgegenstehenden Ansichten 30
§. 4. I. Von dem technisch sogenannten beneficium excussionis.
a. Allgemeine Erörterung der Frage: ob dasselbe negative Streiteinlassung oder Einrede sei? 32
§. 5. b. Entwicklung der gesetzlichen Bestimmungen über die s. g. Rechtswohlthat der Vorausklage 36
§. 6. c. Darlegung weiterer Gründe für die hier ausgeführte Ansicht, daß die gesetzliche Einwendung der Vorausklage eine wahre Einrede sei 45
§. 7. d. Nähere Bestimmung des exceptivischen Charakters der Excussions-Einwendung, und Widerlegung abweichender Ansichten . . . 54
§. 8. II. Von der auf spezieller Convention beruhenden Einwendung der Vorausklage 60

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Pfeiffer, Leopold,

Die prozessualische Natur der Einrede der Vorausklage

Tübingen 1846

J.pract. 227 f
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10554531-4